ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL DOMINICANO

F. TAVARES HIJO

VOL. I

ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL DOMINICANO

VOLUMEN I



E L E M E N T O S

D E

D E R E C H O P R O C E S A L C I V I L

D O M I N I C A N O

1995
Octava edición 1,000 ejemplares.
Esta edición ha sido autorizada por escrito por los autores
Frailan J. R. Tavares y Margarita A. Tavares
al editor Dr. L. Almanzor González Cañahuate,
(RECOPILACION JURISPRUDENCIAL INTEGRADA).
Calle Font Bemard 12, Los Prados, Santo Domingo,
República Dominicana, Tel. 565-6729
Composición y Diagramación, Vicente Guillén

Impresión
Editora Corripio, C. por A.
Calle A. esq. Central, Zona Industrial de Herrera
Santo Domingo, República Dominicana

Impreso en la República Dominicana
Printed in the Dominican Republic.

ELEMENTOS
DE
DERECHO PROCESAL CIVIL
DOMINICANO

POR

F. TAVARES HIJO

CATEDRATICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
1892—1955

VOLUMEN 1

LA NORMA JURIDICA PROCESAL
LA ORGANIZACION JUDICIAL
ACTOS Y PLAZOS PROCESALES
LA ACCION EN JUSTICIA
LA COMPETENCIA

OCTAVA EDICION

Santo Domingo,
República Dominicana
1995

ABREVIATURAS

L.	Ley
L. deO. J.	Ley de Organización Judicial
O.J.	Organización Judicial
Org. Judicial	Organización Judicial
S.C.	Suprema Corte
S. C.deJ.	Suprema Corte de Justicia
j. de paz	Juez o juzgado de paz
L. sobre reg. y oons. de hipotecas	Ley sobre Registro y Conservación de Hipotecas
J.deP.I.	Juez o Juzgado de Primera Instancia
C.p.	Cuestión prejudicial, cuestiones prejudiciales
D.	Decreto
R.	Resolución
C.	Código
Pr.	Procedimiento
B.J.	Boletín Judicial
C. de A.	Corte de Apelación
T: de T.	Tribunal de Tierras
T. S. de T.	Tribunal Superior de Tierras
Casación	Sentencia de la Suprema Corte de Justicia en funciones de Corte de Casación.
v.	Véase, ver.

Los artículos citados sin ninguna referencia especial, pertenecen al Código de Procedimiento Civil.

INTRODUCCION

Esta sexta edición de la obra "Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano de Froilán Tavares hijo, aparece después de haber permanecido agotada durante varios años, por razones de diversa índole.

Lista ya para su impresión, se promulgan las leyes números 834 y 845 en el año 1978, que recogen parcialmente las modificaciones francesas al Código de Procedimiento Civil, que culminaron con la puesta en vigor, en el año 1975 del Nuevo Código de Procedimiento Civil.

Por razones obvias, no era posible en ese momento lanzar la edición de la obra sin incorporar, con los ajustes, las modificaciones legales ya señaladas. Fue necesario asimilar y analizar la nueva legislación a través de las modificaciones y adaptaciones de las citadas leyes, sin excluir los primeros resultados de su aplicación, y las opiniones de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Los colaboradores de esta obra, cuya primera edición data del mes de marzo de 1943, han decidido reproducir, como parte de esta sexta edición, el prólogo que se insertó en la quinta edición, que contiene un análisis de lo que consideramos la aplicación y vigencia simultánea de dos Constituciones del pasado reciente de la historia jurídica sustantiva dominicana, como un recordatorio a las viejas y presentes generaciones de un atípico fenómeno de hecho, propio del craso error de romper la institucionalidad y la existencia del Estado de Derecho, con el golpe de Estado del 25 de septiembre de 1963.

Respecto a esta obra, no cabe duda que se adelantó a su época, si nos retrotraemos a la vivencia jurídica dominicana de entonces.

Ciertamente, una síntesis de la ideología o principios filosóficos del Derecho aplicados en la misma por el autor, demuestran tal aseveración. Quizás el mejor ejemplo lo constituye la TEORIA DEL PROCESO (tomo II, Libro VI) en cuyo desarrollo se puede apreciar que no sólo se hace una labor comparativa de los principios modernos que la conforman, como la Iniciativa, la Impulsión, la Disposición, la Oralidad, la Inmediación, la Concentración y Eventualidad, la Publicidad y Contradicción, algunos no existentes en esa época en el contexto del Código de Procedimiento Civil Dominicano, sino que se señalan con énfasis, los perjuicios que se producen con el sistema imperfecto existente y la posibilidad de que, por la vía de la creatividad jurisprudencial, se apliquen algunos de esos principios de tácita existencia. Aún hoy, en las nuevas normas legales procesales francesas varios están ausentes o no son aceptados.

Es que, como lo ha acentuado el autor desde el año 1938, en su primera versión de las cátedras de Historia del Derecho, aún inéditas, que ha ampliado uno de los colaboradores, para fines docentes, **"la importación de una ley no conlleva necesaria y definitivamente importación del derecho del país de donde procede la ley, y que la diferenciación se produce o debe producirse tanto en el dominio de la jurisprudencia como en el dominio de la doctrina."**

"Ahora bien: el estudio de este fenómeno en la República Dominicana obliga a adoptar conclusiones pesimistas en lo que se refiere a la capacidad asimilativa y creadora de nosotros los dominicanos. La jurisprudencia dominicana, en primer término, aparece frecuentemente pobrísima en el fondo y muy mediocre en la forma. De un modo general se puede afirmar que la mayoría de los tribunales no han fundamentado sus decisiones en argumentos jurídicos encontrados o aún buscados en el estudio científico del derecho, como correspondería hacerlo a quienes son los portavoces del derecho patrio. Lo que hasta ahora había hecho y es de esperarse que ro siga haciendo la jurisprudencia dominicana es cubrirse, para fundamentar los fallos que dicta, con la doctrina y la jurisprudencia francesa, olvidándose, del modo más lamentable,

de que si bien es verdad que estamos regidos por la fuerza desde 1822, por espontánea recepción desde 1845, por una legislación extranjera, hemos podido elaborar un derecho netamente dominicano, que exprese lo más íntimo del genio nacional y traduzca sus tendencias, aspiraciones y características fundamentales."

Esa situación que aún se mantiene, amerita ser descrita en esta introducción, con miras de refrescar la memoria de los juristas que hoy honran con obras, charlas y conferencias el ambiente intelectual dominicano y se produzca el necesario movimiento hacia una paulatina creación de un derecho autóctono, especialmente respecto a la ciencia y práctica procesal.

El ambiente de esa década (1940-1950), desde finales de la anterior y abarcando parte de la década siguiente, tuvo características peculiares que uno de los colaboradores ha denominado La Era de Oro de las Ideas, academicismo y práctica del Derecho en Santo Domingo (V. conferencia dictada por Froilán J. R. Tauares en la Asociación de Abogados, ADOMA, 1978), porque en ella se produjo el más prolijo y enjundioso movimiento intelectual, con figuras de la talla de Manuel Ubaldo Gómez, J. H. Ducoudray, Leoncio Ramos, Manuel María Guerrero, Pedro Rosell, Hipólito Herrera Billini, Manuel Amiama, Carlos Sánchez y Sánchez, Manuel Ramón Ruiz Tejada y el autor, quienes convivieron, a manera de entronque intelectual, de extraordinaria y notable valía, con los intelectuales exiliados españoles que se establecieron en toda América y que algunos, en corto tránsito lamentable y otros de estadía bastante prolongada, estuvieron en Santo Domingo, entre los cuales nos honra mencionar a Constancio Bernaldo de Quirós, y Javier Malagón Barceló.

Si no todos esos dominicanos, muchos compartieron la cátedra universitaria con el ejercicio de la judicatura, al más señero nivel, en la Suprema Corte de Justicia.

Ya desde antes de la primera edición de esta obra (1943), se formaron dos grandes corrientes del pensamiento jurídico en Santo Domingo.

Aquella que sostenía la tesis, que se aplicó en la jurisprudencia y práctica judicial desde que adoptamos los Códigos Franceses, según la cual nuestros tribunales y todo nuestro quehacer jurídico debía apegarse, no sólo a esos textos, sino a la interpretación que hacían de los mismos los tribunales de ese país, especialmente la Corte de Casación. Los colaboradores de esta obra no pueden precisar en que momento se comenzó a denominar a ese viejo sentir simplista, Colonialismo Jurídico (v. Revista Jurídica de la UASD, 1962) pero lo cierto es que ha permanecido como tal, para señalar ese fenómeno negativo.

La otra corriente, designémosla nacionalista, sostiene la tesis, que la ha practicado en decisiones diversas la Suprema Corte de Justicia, y en libros de textos, en charlas, conferencias, y varios estudios, de que, la circunstancia de haber adoptado los Códigos Franceses en bloque, no nos obliga a seguir, como virtualmente está sucediendo, a la jurisprudencia y práctica judicial de Francia y que, podríamos y debemos hacerlo, crear un derecho autóctono, que esté de acuerdo con nuestra idiosincrasia.

Esta Escuela, porque realmente lo ha sido, contrariamente a la primera corriente, desde sus inicios, con sus líderes a la cabeza, esculpió la justificación de su posición y actuaciones en reales razones científicas y prácticas.

El estudio del Derecho Comparado y la aplicación de la teoría de la asimilación positiva o negativa de los derechos extranjeros a un país determinado, como ocurrió en la República Dominicana, sirvieron a aquellos pioneros de esa Escuela, con ejemplos numerosos de creatividad, en la interpretación judicial, en la Cátedra y en la práctica profesional, a plasmar directrices esenciales para el proceso criollo, tales como la Unidad de Jurisdicción Judicial y no la "plenitud de jurisdicción", de pura casuística francesa; la nulidad sin agravio, prevista legalmente en ciertas materias y extendida por creación jurisprudencial, virtualmente a todos los procedimientos, en evidente avance, anterior a las ulteriores leyes de ese país; la inaplicabilidad de textos legales codificados a

nuestros tribunales de Primera Instancia, tradicionalmente unipersonales, entre otros avances no menos importantes.

A esa Escuela se debe, indudablemente, la supresión, desde hace tiempo, de la frase, comúnmente inserta en múltiples sentencias de nuestro más alto tribunal, de que un determinado fallo se justificare "de acuerdo con la jurisprudencia del país origen de nuestra legislación".

En las virtuales dos décadas en las cuales esas dos corrientes, una positiva y otra conformista, se mostraron muy activas, sobre todo en la cátedra y en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia, con reflejos en la práctica judicial y en una intermitente obra doctrinal, pareció que poco a poco triunfaría la primera. Empero sin pretender hacer un juicio definitivo, sea por los acontecimientos políticos de indudable importancia por su carácter a la vez trastornador y renovador, que arrastraron a nuestra primera y estatal Universidad, se cayó en *una especie de situación de relativa inercia, en lo que se refiere al avance hacia un derecho autónomo o por lo menos que reflejare el genio nacional. Podría decirse con franqueza, que cada día nos inclinábamos, con cierto descaro, a seguir pie con pie, todo lo jurídico francés.*

Las indicadas Leyes Nos. 834 y 845 de 1978, hicieron reverdecer las ideas modernas en materia procesal, que la vieja escuelalpreconizaba, porque evidentemente, con su nuevo Código de Procedimiento Civil, que unificó diversas leyes, los franceses se anotaron un triunfo importante, al plasmar en el mismo, una gran proporción de las nuevas teorías, que no sólo sus propios autores avalaban sino toda una estirpe de tratadistas extranjeros, sobre todo alemanes, italianos y españoles.

La antigua legislación sobre las excepciones, los medios de inadmisión y las nulidades de procedimiento, sufre innovaciones que, sin perder los rasgos fundamentales de la antigua legislación se encaminan en una gran medida, a la eliminación de algunos formalismos procesales que favorecían la chicana, al litigante temerario, o simplemente las dilaciones innecesarias.

El referimiento, por su parte, ampliado notablemente en su alcance y aplicación, se extiende al presidente en grado de apelación en los casos determinados por la ley, con lo cual por así decirlo, convierte al Juez Presidente en este caso, en un freno contra el uso inadecuado o excesivo de este procedimiento especial.

El beneficio de la ejecución provisional de las sentencias sufre, con la nueva legislación, un cambio notable, ya que entre otras innovaciones, elimina distinciones de la antigua legislación entre las sentencias en defecto, y las contradictorias, así como las dictadas en materia comercial o el Juzgado de Paz.

En el proceso en defecto, por otra parte, se elimina el recurso de oposición contra las sentencias reputadas contradictorias, concepto también novedoso creado por la actual legislación francesa.

Otras instituciones del Derecho Procesal, como el informativo y la comparecencia personal, así como el procedimiento en materia civil y comercial, sufrieron asimismo reformas sustanciales.

Pero nosotros, respecto al nuevo Código de Procedimiento Francés, ni copiamos lo necesario, ni hicimos una adaptación y traducción feliz. La polémica pública que sostuvimos algunos conocedores de la materia (octubre a diciembre, 1978) acerca del contenido de ese trabajo incluso, respecto a si se ponía en vigencia dicha ley, que previo en su origen un plazo pdra tal fin terminó con su puesta en práctica por imperio, con desmedro del porvenir del proceso judicial del país. En efecto, independientemente de los yerros de traducción que posee y los cambios o innovaciones no muy adecuadas del aludido Nuevo Código Francés, en la versión dominicana, se le suprimieron los artículos 1ro. al 48 que a nuestro entender, constituyen el fondo filosófico-jurídico básico de todo el contexto que sigue. Creímos, sin fundamento válido, que nos bastaba copiar, o si se quiere mal copiar, los artículos referentes a las nulidades de procedimiento, la excepción de incompetencia, la información testimonial y la comparecencia personal; la comunicación de documentos, el referimiento,

la ejecución provisional, el defecto, entre otros procedimientos.

Los dos colaboradores de esta obra, en respectivas charlas o conferencias han emitido su opinión pormenorizada al respecto (Asociación de Abogados (ADOMA), 1978, Coloquios Jurídicos 1988).

No deseamos finalizar esta introducción, sin resaltar la posición del Doctor Manuel Bergés Chupani, antiguo Presidente de la Suprema Corte de Justicia y juez por muchos años de la misma, asumida en su excelente conferencia dictada en la Academia de Ciencias de la República Dominicana el día 18 de febrero de 1988.

En su enjundioso trabajo, que amerita ser estudiado detenidamente, el docto magistrado de toda la vida, para los que le conocemos bien, hoy abogado en ejercicio, se rebela contra la idea de la existencia actual de un colonialismo jurídico, afirmación que aunque los colaboradores de esta obra respetan, no comparten. Ciertamente, como afirma en su trabajo el autor de la conferencia, la Suprema Corte de Justicia, ha seguido elaborando, mediante decisiones que él señala, algunos escalones que pueden considerarse pruebas de una cierta autonomía de la jurisprudencia dominicana respecto de la francesa.

Pero, para nosotros no sólo esa actitud aún es tímida, sino que realmente opinamos y ello es muy importante, que la cuota de culpa de nuestro más alto tribunal en lo que consideramos como un atraso jurídico, es ciertamente no mayoritaria, en *el contexto general de la responsabilidad.*

Realmente, la actual situación es corresponsabilidad también de las Universidades, de los Profesores de la Ciencia Jurídica, del abogado en ejercicio, de sus Asociaciones y Colegios, pero muy principalmente de dos de los poderes del Estado, Legislativo y Ejecutivo, que con harta frecuencia se tornan evasivos y renuentes para dar curso o aprobar proyectos de leyes que podrían dar apertura a una nueva etapa en pro del progreso del Derecho en Santo Domingo.

Ha de surgir a nuestro juicio, un unificado movimiento, que combine la voluntad política con el trabajo de fondo, permanente, en las universidades y tribunales, con ayuda de abogados y juristas independientes.

Sus resultados tienen que tener como cuestión básica inicial, el otorgamiento de una verdadera autonomía al poder judicial, que deshaga los cordones umbilicales en materia institucional y económica que lo unen indisolublemente con los poderes legislativo y ejecutivo, modificando nuestra Constitución de tal suerte que cada magistrado se sienta seguro de su conciencia y futuro y nuestro más alto tribunal asuma, con armas adecuadas, un liderazgo independiente.

Empero, dada la experiencia del pasado ya lejano, del pasado reciente y de la actualidad, no hay que hacerse ilusiones etéreas acerca del complejo y versátil vocablo "voluntad política" porque somos nosotros los propios abogados y juristas quienes con mucha frecuencia al asumir el poder o controlarlo con nuestra sapiencia ideológica los que evadimos, en nuestros respectivos momentos políticos estelares, poner en práctica esa tan anhelada voluntad política. Se precisa más bien una "real voluntad de clase" políticamente ejercida a través de posiciones partidistas triunfantes, pero de buena fé y desinterés en beneficio de ese tácito institucionalismo.

Los colaboradores de esta obra que siguen al autor, quien siempre defendió y promovió la independencia del Poder Judicial, presencian con penoso sentimiento la actual indefensión de los magistrados integrantes del mismo y la presencia en sus filas de jueces incapaces y corruptos, que aprecian minoritarios. También observan con estupor, como, cada día, se suman más abogados en ejercicio, a la complicidad de ese fenómeno negativo.

Hacemos votos para que ese escenario cambie y retornemos a la época del juez capaz y probo y del abogado respetuoso de esas virtudes.

En esta nueva edición, fue actualizada la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en sus aspectos más sobresalientes, hasta el año 1985, incluyendo información sobre jurisprudencia francesa. Se incluyen asimismo comentarios so-

bre otros avances de la legislación francesa así como de la nueva legislación.

Pese a lo expuesto, se ha mantenido en toda la obra su configuración original. Pocos cambios se han operado en este aspecto. Podría señalarse en ese sentido, las referencias de reenvíos, que aparecen con alusión al libro, título, capítulo, o sección. En cambio, se ha insertado en el volumen II, un índice alfabético que abarca los tomos I y II.

Esta obra, por supuesto, aunque tiene sus originalidades, no ha podido sustraerse a la influencia francesa, lo cual no negamos. En todo su texto, se nota ¡a influencia aludida. Empero, sus rasgos autóctonos, en muchos capítulos, hicieron expresar a Don Niceto Alcalá Zamora, quizá el más experto procesalista de esos tiempos, que el autor era el "alhamí" y el "arquitecto" del Derecho Procesal Dominicano (Revista de Derecho Procesal, Argentina, 1946).



ACLARACION

A la presente edición de !a obra del Dr. Froilán Tavares hijo, sus colaboradores le han insertado referencias que contienen alusiones a la Constitución de 1962 y a la Constitución de 1963. Para el buen entendimiento de los lectores, es necesario que se exprese el motivo de esa duplicidad en las citas.

Previamente haremos una breve exposición de los acontecimientos que se relacionan con el asunto.

En orden cronológico:

a) El 29 de abril de 1963 proclamó la Asamblea Constituyente la última Constitución de la República. Sus disposiciones modifican profundamente diversos aspectos de nuestro Derecho Privado, tales como los regímenes matrimoniales; la incapacidad creada para los extranjeros y personas morales de adquirir la tierra; la inembargabilidad del fundo y hogar; la supresión de la noción del jefe de familia y estructuración de la familia legítima bajo la ¡dea de condominio ejercido por ambos esposos con absoluta igualdad de derechos. Hubo algunas opiniones que podrían ser tomadas en consideración cuando se realice un estudio sereno de sus proyecciones.[1]

b) El 25 de septiembre de 1963, a raíz del golpe militar, en el Manifiesto de las Fuerzas Armadas de esa misma fecha se expresa lo siguiente: "Declaramos inexistente la última Constitución de la República votada por la constituyente surgida de las últimas elecciones generales, así como los actos realizados de acuerdo a ella"; se puso en vigor ¡a Constitución del 16 de septiembre de 1962, promulgada por el Consejo de Estado;

1. Psllerstno, Juan M., Comentario» a la Constitución. (I. Regímenes Matrimonlalss, El Caribe, 8 de mayo de 1963); (II. Inembargabilidad e hipotecas. El Caribe, 16 de mayo de 1963),

c) El 26 de septiembre de 1963, mediante un convenio de partidos se instituye un gobierno civil de tres personas;

d) En ejecución de lo previsto por la Constitución de 1962, el Triunvirato comienza a realizar modificaciones a las leyes vigentes, incluso las que habían sido dictadas por el gobierno constitucional en virtud de las previsiones de la proclamada Constitución de 1963.[2];

e) A consecuencia de un recurso intentado por un Senador del régimen constitucional derrocado, la Suprema Corte de Justicia le juzga como si éste estuviere protegido con su investidura anteriormente señalada.[3] Este juicio se interpreta en algunos sectores como el reconocimiento por nuestro más alto tribunal de la vigencia de la Constitución de 1963 y no la de 1962, puesta en vigor por las Fuerzas Armadas. A esa interpretación responde públicamente el entonces Procurador General de la República, emitiendo su propio parecer en contrario (ver El Caribe, 7 de noviembre de 1963).

En presencia de todos esos acontecimientos que se han reseñado cabe preguntarse en qué situación se encuentra el régimen jurídico dominicano.

Parece existir una contradicción entre el pronunciamiento de las Fuerzas Armadas que señala la inexistencia de la Constitución de 1963 y de las leyes dictadas bajo su amparo, y algunas actuaciones del Triunvirato, que implican reconocimiento de la existencia de tal legislación al modificar algunas de sus partes. Para las Fuerzas Armadas la Constitución de 1963 es inexistente de acuerdo con lo transcrito. Para el Triunvirato la Constitución de 1963 estuvo vigente, tal como se desprende de algunos de sus actos. Si nos atenemos a lo dicho por las primeras, toda la legislación que nació en el

2. Ejemplos Ley No. 1, que deroga la Ley No. 42 del 9 de julio de 1963, que crea la Dirección General de Información, Cultura y Diversión. Ley No. 2, que deroga la Ley Orgánica del Banco Nacional de la Vivienda No. 63 del 9 de septiembre de 1963, y restablece las Leyes Nos. 5892 y 5894, de fechas 10 y 12 de mayo de 1962, que crea el Instituto Nacional de la Vivienda y Orgánica del Banco Nacional de la Vivienda, respectivamente. Ley No. 32, sobre el establecimiento del precio promedio, F. O. B. en puertos dominicanos del azúcar y las mieles (sustituye la No. 23 del 10 de mayo de 1963).

3. Suprema Corte de Justicia, 7 de noviembre de 1963.

régimen constitucional a partir de la proclamación de su Constitución, no existe y por tanto no puede modificarse por leyes posteriores. Si nos atenemos en cambio a la opinión y actitudes del Triunvirato, esta Constitución estuvo vigente y por tanto sus previsiones han de ser tomadas en consideración en ¡a formulación del régimen jurídico dominicano.

Todo lo expuesto preocupa a los juristas dominicanos, porque en puridad, refleja no una simple situación de ilegitimidad que nace de la violación prevista por ¡os artículos 93 y 94, respectivamente, de las Constituciones cuya vigencia se discute, sino que inclina a pensar que estamos frente a un verdadero caos jurídico.

La inserción de citas atinentes a las dos Constituciones en esta obra, obedece, pues, esencialmente, al deseo de los colaboradores del autor de que el libro ofrezca al público inquieto y estudioso una fuente para realizar investigaciones que puedan ser de utilidad en el esclarecimiento de tan incierta situación.

TABLA DE MATERIAS
VOLUMEN I

LIBRO I
La Norma Jurídica Procesal

LIBRO II
La organización judicial

CAPITULOI - LA JURISDICCION
Sección 1 - La función jurisdiccional

Sección II - Las diversas jurisdicciones

Sección III - La jurisdicción voluntaria o graciosa

Sección III - Actos de abogado

Sección IV - Actos del secretario

Sección V - Actos del Juez

CAPITULO II - Los plazos procesales

CAPITULO III - Sanciones
Sección I - Nulidades; Responsabilidad

Sección II — Inadmisibilidades

LIBRO IV
La Acción en Justicia

TITULO I - CONDICIONES DE EJERCICIO
Capitulo I - Generalidades

CAPITULO II - El interés

TITULO II — Ejercicio de la acción

CAPITULO I - La demanda en justicia

CAPITULO II - Defensas, excepciones, medios de inadmisibilidad

TITULO III - Clasificación de las acciones

CAPITULO I - Base de las clasificaciones

CAPITULO II - Acciones personales, reales, mixtas

CAPITULO III - Acciones mobiliarios, inmobiliarias

CAPITULO IV - Acciones personales mobiliarios, reales mobiliarios personales inmobiliarias, reales inmobiliarias

LIBRO V
La Competencia

TITULO I - Las diversas clases de competencia

CAPITULOI— Principios Generales

CAPITULO II - Código de Procedimiento Civil. Ley No. 834

TITULOII - Competencia de atribución

CAPITULO I - Principios Generales

CAPITULO II - Jurisdicciones del primer grado

Sección I - Juzgado de primera instancia

Sección II - Juzgado ie Paz

Sección III- Tribunal de Tierras

Sección IV - Corte de Apelación

Sección V - Suprema Corte de Justicia.

Sección VI - Tribunal de Confiscaciones

CAPITULO III - Tribunales de Segundo Grado
Sección I - Principios Generales

Sección II - Competencia

TITULOIII - Competencia territorial
CAPITULOI - Principios generales

CAPITULOII - Competencia prorrogada
Sección I - Generalidades

Sección II - Prorrogación legal

Sección III - Prorrogación judicial

Sección IV - Prorrogación voluntaria

LIBRO I
LA NORMA JURIDICA PROCESAL (*)

Derecho adjetivo. Las normas que integran el derecho civil y el derecho comercial, ramas que se acostumbra designar conjuntamente como ***derecho privado,*** tienen por ***objetivo*** establecer y organizar relaciones jurídicas entre los individuos, y determinar sus efectos[1]. Se las llama generalmente normas de derecho ***sustantivo.*** A su lado hay otras normas jurídicas, que instituyen un procedimiento o camino a seguir para proteger y hacer efectivas esas situaciones jurídicas. Se las conoce como normas de derecho ***adjetivo.*** Establecen , dijo Jeremías Burthan[2] , "un ***sistema de medios*** para hacer ejecutar

(*) Glasson y Tissier, *Traite,* I, 1 y s.; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil,* I. P„ 120 y s.; Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil,* I, P. 76; Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil,* I, 31 y s.; H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, I, 1 y s.; Jean Vicent, *Procedure Civile,* 19va. ed., 1961; Emmanuel. Blanc, *Nouveau Code de Procedure Civile dans l'ordre des articles.*

(1) Colín y Capitant, Cours de Droit Civil, I, 4a. ed., 7.

(2) Organización Judicial, cap. I, y Teoría de las pruebas judiciales, libro I, cap. I. Sobre la distinción en el moderno derecho inglés: Holland, The Elements of Jurispmdence, 13 a, edi., 385 y s.; Smiíh, Elementaire Law, 2a. ei "9 y s. En la épocí. presente el derecho sustantivo y el derecho ajetivo se nos muestran como ramas diferenciadas de la norma jurídica. Se ha pensado erróneamente, hasta hace poco, que la norma jurídica procesal se encuentra en una situación de dependencia con respecto al derecho sustantivo (infra, nota 17) Por otra parte, podría creerse que la primacía en la historia de las instituciones pertenece al derecho sustantivo, y que el derecho adjetivo es una mera derivación del mismo. Pero el estudio de la historia de todos los sistemas jurídicos ha puesto de manifiesto que las primeras nonnas jurídicas fueron las de carácter procesal o adjetivo. Estudiando la clasificación de las regLas legales, Hemu Maine ha dicho que "el derecho sustantivo parece filtrarse lentamente entre los intersticios del procedimiento, y los juristas primitivos no pueden discernirlo sino a través de sus formas técnicas"., o sea de las acciones (Etudes sur 1* ancien droit et la coutum» primitivo, p. 526 de la trad. francesa). La Ley de las XII Tablas y el Edicto Pretorio aparecen bajo la fornia de ordenamientos procesales: conoce la primera actio y se da en el segundo un judicium a quien se desea proteger en el disfrute de una situación jurídica pero no se habla de derechos subjetivos. Es en una etapa avanzada del derecho romano, tal como se expone en las instituciones de Gayo y de Justiniano, cuando el procedimiento deja de ocupar la posición preeminente que tuvo antes (Maine, obra citada y Etudes sur l'historia des institutions primitives, trad. de Durieu de Leyritz, IX y X; Holland, obra citada). En idéntico sentido se ha desenvuelto en Inglaterra el sistema del common law (Maine y Holland, obras citdas; Maitland, The fonns of Action at common law", Jenkds, The Book of Engish Law, 29; René David, introduction al'etudedu droitprivé de 'Angleterre, 32 y s.) En Francia, la separación entre el derecho sustantivo y el procedimiento no data sino de la ordenanza sobre el procedimiento civil de 1667.

las leyes" o sean las disposiciones del derecho sustantivo.

El derecho procesal civil, aunque estudia principalmente esas normas de derecho adjetivo, estudia al mismo tiempo otras normas que tienen un carácter sustantivo; no es, pues, el derecho procesal civil un derecho puramente formal, como generalmente se creía.

Por otra parte, el derecho procesal civil es, en razón del objeto de sus investigaciones, el complemento indispensable del derecho privado; pero conserva, sin embargo su individualidad, para destacarse como una disciplina autónoma, con caracteres propios, dentro del conjunto de las ciencias jurídicas.

Objeto de las leyes procesales. En el sentido más amplio de la expresión, el procedimiento es el conjunto de las normas jurídicas que regulan principalmente[4]: 1o. la organización, el funcionamiento y las atribuciones de los órganos del Poder Judicial y sus auxiliares, en todo cuanto se relaciona con su intervención en los diversos asuntos que, aunque interesando directamente a los particulares, el Estado considera necesario tutelar por consideraciones de interés social; 2o. las formas que deben ser observadas para dirimir los conflictos entre particulares, o para obtener la protección de sus intereses aun en ausencia de todo litigio; 3o. finalmente, la ejecución de los actos emanados de esos distintos órganos, relativamente a los asuntos de su incumbencia.

En las sociedades primitivas estaban al cuidado del individuo la mayor parte de los actos necesarios para la protección de sus intereses; era el régimen de la justicia privada. Pero a medida que se han alcanzado etapas más avanzadas en el desenvolvimiento histórico, las sociedades han ido centralizando todas esas prerrogativas en la esfera de las atribuciones del Estado, sustituyéndose de ese modo, progresivamente, como resultado inevitable de la evolución de las instituciones, a ese régimen de la justicia privada, el régimen ***de la justicia***

(3) En el mismo caso del derecho procesal civil se hallan el derecho penal y el derecho procesal penal.

(4) Glssaon. Précis de Procedure Civile, 2a. ed., I, 11; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 4.

pública o justicia social, que consiste y se resume en la garantía y la protección de los intereses privados de toda índole por el Estado, erigido en un poder colocado por encima de los particulares, por medio de los órganos especialmente designados para ese fin por el derecho.[3] Es la ***función jurisdiccional*** del Estado.'[t,?]

Nuestra Constitución no define el Poder Judicial, o, dicho más exactamente, la función jurisdiccional del Estado. Se limita a señalarlo como una de las ***divisiones*** del Gobierno art. 4. de la Constitución del 28 de noviembre de 1966, y a indicar los ***organos en que*** reside: Suprema Corte de Justicia, y demás tribunales del orden judicial creados por las leyes (art. 63) de la mencionada Constitución

Clasificación de las leyes procesales. La precedente enumeración hace ver que existen tres ramas o categorías de leyes procesales, es decir, leyes de procedimiento ***lato sensu:***

la. Las ***leyes de organización judicial*** enumeran cuáles son los órganos del Poder Judicial, y determinan las condiciones de aptitud y las obligaciones de sus miembros.

2a. Las ***leyes de competencia*** atribuyen a cada órgano del Poder Judicial el conocimiento de determinadas controversias entre particulares, la potestad de decidir acerca de ellas en nombre del Estado, y la de adoptar o prescribir ciertas medidas encaminadas a la protección de los intereses de esos particulares.

3a. Las ***leyes de procedimiento, stricto sensu,*** son las que determinan las formas que deben observar las partes interesadas para obtener y asegurar, y los órganos jurisdiccionales para otorgar esa protección de los intereses de los particulares.

Esa clasificación no tiene, sin embargo, un significado

(5) R. von Jhering. L'Espirit du droit romain, trad. de Meulenaere, 3a éd., I, 11; Girard, Manual de Droit Romain. 8a éd., 1025 y s.; Hubelin, Cours élémentaire de Droit Romain, I. 125 y s.

(6) L. Duguit. Traité de Droit Constitutionnel, 2a. ed. II 28 y s.; H. Hauriou, Précis de Droit Constitutionnel, 2a. éd., 380 y s.; Morel, Traité elementarie de Procédure Civile, 2a. éd., 1.

absoluto, puesto que el contenido de cada una de las tres categorías de que se compone abarca reglas que pueden hacerse figurar, también en las otras. Se ha hecho observar en ese sentido, por ejemplo, que las leyes relativas a la organización judicial, al mismo tiempo que determinan cuáles son las jurisdicciones, señalan su competencia especial a cada una. Lo mismo ocurre con las leyes de procedimiento propiamente dichas, ya que son las que necesariamente deben aplicarse para establecer la competencia o hacer valer la incompetencia de los órganos jurisdiccionales. No hay, como se ve, separación perfecta entre las diversas categorías de esas leyes, sino por el contrario numerosas interferencias entre sus respectivos campos de aplicación.

Es útil, sin embargo, retener esa clasificación, pero sólo para facilitar el estudio de las distintas ramas del derecho procesal civil.

Fuentes legales de la o. j. y la competencia. Las disposiciones más generales y fundamentales acerca de la ***función jurisdiccional*** del Estado, que nuestra Constitución llama ***Poder Judicial,*** se hallan consignadas en el título VI de la Constitución que comprende los arts. 63 a 77. Disposiciones similares figuraron siempre en las constituciones anteriores.

Además de esas normas de orden constitucional, varias leyes adjetivas rigen la organización judicial y la competencia. La principal es la Ley 821, de Organización Judicial, del 21 de noviembre de 1927', que sustituyó a la anterior ley sobre la materia del 2 de junio de 1908.

Numerosas leyes han venido a modificar, completar o abrogar algunas de las disposiciones de la Ley de Organización Judicial. La más importante, por su extensión, es la Ley 962, del 28 de mayo de 1928.

Por otra parte, tanto en el Código de Procedimiento Civil como en numerosas leyes especiales hay disposiciones relativas a la organización judicial y la competencia: la Ley 385,

(7) Glasaon, Précis de Procedure Civile, 2da. Ed., I, 3. Acerca de la fiinción de las clasificaciones en el derecho en general, y de su valor relativo, v. Gény, Science et technique en droit privé positif, III, 207, s.

del 11 de noviembre de 1932, sobre los accidentes del trabajo, la Ley 637, del 16 de junio de 1944, sobre contratos de trabajo, mantenida en este punto por el Código de Trabajo, la Ley 1306 bis, del 2 de mayo de 1937, sobre el divorcio, y otras.

Fuentes legales del procedimiento civil. La materia del procedimiento civil propiamente dicho se halla contenida principal y casi exclusivamente en el Código de Procedimiento Civil, promulgado por D. del 17 de abril de 1884. Es una adaptación o localización del Código de Procedimiento Civil francés de 1806.

Ese código ha recibido numerosas enmiendas y reformas, sobre puntos especiales, aunque no sobre lo esencial y característico del sistema de enjuiciamiento que establece.

Además, fue completado por las disposiciones de la Ley de Organización Judicial y de Procedimiento de Casación del 2 de junio de 1908, que reguló (art. 12 a 30) el recurso extraordinario de la casación, no tratado en el código, pero consagrado por la Constitución del 22 de febrero de 1908 (art. 62-2o), la que confirió a la Suprema Corte de Justicia, como Corte de casación, el conocimiento de los recursos de casación deducidos contra las sentencias en último recurso de las cortes de apelación y los tribunales inferiores. Las disposiciones de la citada Ley del 2 de junio de 1908 sobre el recurso de casación fueron sustituidas por las contenidas en la Ley sobre procedimiento de casación del 12 de abril de 1911. A su vez, ésta fue reemplazada por la L. 3726, del 29 de diciembre de 1953.

Las leyes números 834 y 845 de 1978 establecen sustanciales modificaciones alas disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas especialmente a la competencia y al proceso.

El D. del 8 de junio de 1904, que contiene la tarifa de Costas judiciales, dicta algunas disposiciones relativas a la liquidación y el cobro de las costas judiciales, que son asuntos principalmente de procedimiento. En lo que atañe a los ho-

norarios de los abogados, esta ley fue sustituida por la No. 302 de 1964.

El procedimiento del divorcio se halla regido por la ley 1306 bis, del 21 de mayo de 1937; el relativo a las contestaciones nacidas en el contrato de trabajo por la ley 637, del 16 de junio de 1944; y el de los accidentes del trabajo por la Ley 385, del 11 de noviembre de 1932.[8]

Saneamiento inmobiliario. La Ley 511, del Registro de Tierras, del lo. de julio de 1920, reemplazada **por** la Ley 1542, del 9 de octubre de 1947, tiene por finalidad el establecer un sistema de publicidad real de los derechos reales inmobiliarios, en sustitución del sistema de publicidad *personal* de esos derechos. Para llegar a esa finalidad la ley establece, como veremos en seguida, un procedimiento de carácter judicial, mediante el cual se otorga al titular de cada uno de tales derechos un *título* inatacable y definitivo que consagra y prueba *erga omnes* el derecho o interés en la tierra.

Este sistema es llamado de *publicidad real* porque consiste esencialmente en que cada parcela de terreno tiene su correspondiente *certificado de título,* llamado *certificado original de título,* consignado en una hoja especial en el *Registro de Títulos.* Cada titular de un derecho sobre cada inmueble obtiene, a su vez, un *certificado duplicado de título,* igual al certificado original, en que consta su derecho. Las ventas sobre cada inmueble se realizan mediante la cancelación del certificado de título del vendedor, y la preparación y expedición de un certificado de título de propietario en favor del comprador. Las hipotecas se hacen constar, es decir se registran en el certificado de título del propietario, entregándosele al mismo tiempo al acreedor su correspondiente certificado duplicado de título como tal acreedor hipotecario.

El nuevo sistema, llamado sistema *Torrens,* viene a sustituir al sistema establecido por la legislación anterior, que es de publicidad personal, llamado así a causa de que la publici-

(8) Toda la legislación relativa a la organización judicial, lacompetenciay el procedimiento, fue refundida por el autor en la compilación titulada Código de Procedimiento Civil y legislación complementaria, 1 vol.

dad de los actos relativos a los inmuebles se hace con referencia a los nombres de las personas a cuyo favor son otorgados esos actos, y consiste en la transcripción de los actos de enajenación, en la *inscripción de los actos de hipoteca y de privilegio,* y en algunas menciones *complementarias,* conforme a las disposiciones del C. Civil y de la Ley del 21 de junio de 1890 y sus modificaciones.

Para el establecimiento del primer certificado de título, base indispensable para el funcionamiento posterior del sistema, la L. de R. de T. establece un procedimiento judicial *in rem,* o sea dirigido contra todo el mundo, que consiste esencialmente en la conminación que el T. de T. hace, en nombre del Estado, a todo el que se crea con derecho o interés en las tierras o sus mejoras, para que concurra ante dicho tribunal a hacer valer sus pretensiones. El resultado final de este proceso es *sanear* las tierras y sus mejoras, o sea establecer definitivamente, por medio de una sentencia, quiénes son sus respectivos titulares.

Requisito previo al proceso de saneamiento es que se proceda a la *mensura catastral* de los terrenos. En el sistema primitivamente establecido, sólo el Estado podía, cuando lo ameritara el interés público, requerir que se procediera a la mensura catastral, a fin de que, luego de practicada, se incoara el proceso de saneamiento. Pero el D. 83, del 20 de agosto de 1923, mod. por la L. 309 del 1940, cuyas disposiciones pasaron a la L. de R. deT., confirió a cualquier interesado el derecho de hacer proceder a la mensura catastral, a fin que igualmente se procediera luego al saneamiento.

En ambos casos, que sea el Estado o un particular quien tome la iniciativa de la mensura catastral, el procedimiento ante el T. de T. es el mismo antes señalado.

Lo expuesto hace ver que la L. de R. de Tierras contiene, además de las reglas de fondo que persiguen el establecimiento del nuevo sistema de publicidad inmobiliaria, que pertenecen al derecho civil, *reglas* ***de*** *organización judicial,* que son las que instituyen al tribunal de tierras; *reglas* ***de*** *competencia* que atribuyen a ese tribunal el proceso de saneamiento; *reglas de procedimiento civil,* que son las normas dictad?

para incoar a instruir el proceso de saneamiento, y para decidir acerca de los derechos de las partes interesadas.

Jurisprudencia, costumbre y **práctica judicial.** Es cons**tante** que la ley escrita no contiene **ni** podría contener la solución de todas las controversias que se presentan en la práctica. Muchas hipótesis no han sido directa ni indirectamente previstas por la ley. Además, el progresivo desenvolvimiento social, en su doble aspecto económico y jurídico, va planteando cada día nuevos problemas, que exigen soluciones originales. Esto, que se considera actualmente como incontestable en cuanto al derecho civil se refiere, es igualmente cierto, por identidad de motivos, en el derecho procesal civil.

De ahí que, al lado de la ley escrita, fuente primordial del derecho, sean fuentes complementarias la jurisprudencia, la costumbre y la práctica judicial, cuyo cometido es, en primer término, interpretar analógicamente la ley escrita, y en segundo término, formular, en todos los casos no previstos por la ley escrita, la regla jurídica aplicable. La costumbre, la jurisprudencia y la práctica judicial van así comprobando con el tiempo la existencia de un verdadero *derecho consuetudinario,* que completa la ley escrita y llena sus vacíos o lagunas. A veces esa elaboración consuetudinaria y jurisprudencial llega a abrogar total o parcialmente la ley escrita, manteniéndola en desuso, y sustituyendo sus disposiciones, ya en discordancia con las ideas y las necesidades de la época, con otras regulaciones más apropiadas a esas nuevas ideas y necesidades.[10]

Podrían citarse ahora algunos ejemplos de esas construcciones de la jurisprudencia y la práctica judicial, apoyadas en la costumbre; pero es preferible remitir su examen para cuando sean estudiadas cada una de las instituciones a que corres-

(9) Gény, Methode d'interpretation et sources en droit privé positif, 2a. ed., I, 12 y s.; Glasson y Tissier, 1, 12.

(10) La doctrina y la jurisprudencia están divididas sobre el asunto. Predomina últimamente, en la doctrina, la tendencia a admitir el poder creador de la costumbre contra legem (Gény , obra citada, I, 124 y s., 127 y s., A. Cruet, Lavie du droit, 171; R. Shom, Instituciones de Derecho Privado IRomano, t7a. ed. 4; Duguit, Traté de Droit Constitucionnel, 2a. ed. 1, 12).

ponden. Bastará por el instante ilustrar la materia con un ejemplo.

El art. 142 del C. de Pr. Civil manda que la redacción de la sentencia en materia civil se haga teniéndose a la vista un acto de procedimiento llamado ***"cualidades",*** notificado entre las partes (infra, libro VI). Al mismo tiempo, el art. 39 de la L. de O.J. del 2 de junio de 1908, cuya disposición fue sustituida por otra idéntica en el art. 40 de la L. de O. J. del 21 de noviembre de 1927, confiere al presidente del tribunal la facultad de redactar la sentencia. Esos textos son perfectamente conciliables, puesto que pueden naturalmente interpretarse como significando que el presidente redacta los motivos y el dispositivo, es decir la parte de la sentencia llamada *minuta* en el derecho francés, a la cual deberían unirse luego las *cualidades* , obra de los abogados de las partes.[11]

Sin embargo, la jurisprudencia dominicana admite que, en virtud de una *práctica* establecida desde hace muchos años, el presidente debe redactar la sentencia en vista de los documentos sometidos por las partes, y sin necesidad de que la parte más diligente redacte y notifique las cualidades y las deposite en secretaría (Casación, 10 de septiembre de 1917, B. J. 86, p. 117; 24 de junio de 1918, B. J. 95, p. 2). Esto equivale a proclamar, en otros términos, que la disposición del art. 142 ha sido abrogada por el desuso, y sustituida por la costumbre, aprobada o sancionada por la práctica constante de los tribunales, de que el presidente redacte la sentencia tomando en consideración únicamente los documentos del expediente, y sin necesidad de que se haya notificado el acto contentivo de las cualidades, como lo exige la ley.[12]

(11) Dalloz, REPERTOIRE ¡PRACTIQUE, art. Jugements et arretí, 285 y s.

(12) La elaboración jurisprudencial emanada de nuestros tribunales, no se ha caracterizado, en general, por lo menos en cuanto a su forma, por rasgos originales que pongan de manifiesto que, para resolver los casos ocurrentes, nuestros jueces se sitúan, frente a los hechos de la cansa, en el punto de vista más adecuado a nuestro ambiente, jurídica, sociológica y políticamente. La repetida fórmula: de acuerdo con lo que admiten la doctrina y la jurisprudencia del país de origen de nuestralegislación y otras equivalentes y no menos frecuentemente usadas, dejan ver que, en el pensamiento de algunos de nuestros jueces, el hecho de que nuestra legislación es en gran parte de préstamo, importada o recibida de Francia, conlleva la necesaria consecuen-

Obligatoriedad de las leyes procesales. Las leyes procesales, o sean las relativas a la organización judicial, la competencia y el procedimiento, tienden a asegurar la paz social y la protección de los derechos y las otras situaciones jurídicas de que gozan los particulares, por medio del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Son, pues, en gran parte, de interés general, y su observancia se impone tanto a los particulares como a los tribunales: aquéllos no pueden sustraerse por medio de sus convenciones a la aplicación de esas leyes, ni éstos, aun con el consentimiento de los interesados, dejar de cumplirlas (art. 6 del C. Civil).

Este principio no tiene, sin embargo, un alcance absolutamente general, sino con respecto a las leyes de *organización judicial,* que, como se ha dicho, determinan cuáles son los tribunales, esto es, los órganos jurisdiccionales, y a las leyes relativas a la *competencia de atribución,* que son las que determinan a cuáles tribunales deben ser sometidos los asuntos, en razón de su naturaleza (sobre el carácter de orden público de las leyes sobre org. jud. v. Casación, 31 de marzo de 1938, B. J. 332, p. 173; agosto, 1968, B. J. 673, p. 1725).

Por el contrario, la aplicación de las reglas sobre la competencia relativa, que son las que determinan la competencia de los tribunales por la razón de la persona o del domicilio, puede ser eludida mediante convenciones entre particulares: esas reglas son, pues, de interés privado y no de orden público.

cia de que también nuestra jurisprudencia debe seguir, paso a paso la evolución y las vicisitudes de la jurisprudencia francesa. Ningún error es más evidente. Por el contrario, es una verdad sólidamente establecida, que si las legislaciones, en parte o totalmente, pueden ser consuetudinaria o legislativamente, importadas o recibidas por un país, por el contrario la jurisprudencia, y, hasta cierto punto, la doctrina, tienen que diferir necesariamente del país "de origen" de la legislación al país que recibe o adopta esa legislación. Poderosos motivos de orden racial, geográñco, histórico y político, entre otros, determinan diferencias fundamentales entre las jurisprudencias de países que tienen legislaciones similares y hasta idénticas. V. sobre este asunto, que no entra ien el programa de este libro; A. B. Schwaiz, La réception et l'assimilation des droits étrangers, en INTRODUCTION a L'ETUDE DU DROIT COMPARE (RECUEIL D'ETUDIES EN L'HONNEUR D'EDOUARD LAMBERT), 29, 110; G. A. Mejía, Historia general del derecho, II, 283 y s.

Asimismo, las reglas de procedimiento, que son eminentemente formalistas, puesto que en muchos casos la validez y aun la existencia de los actos dependen del cumplimiento de las formalidades y los plazos que esas reglas establecen, están sujetas para su aplicación, sin embargo, a que la parte interesada en prevalerse de su inobservancia proponga la nulidad o la caducidad.[13] Pero esta circunstancia no quita a esas leyes su carácter imperativo, puesto que basta que la parte interesada invoque la nulidad o la caducidad para que el tribunal tenga que pronunciarlas.

Hay también ciertas reglas de procedimiento que están concebidas en forma de meros consejos o recomendaciones dirigidas al juez, por cuya contravención la ley no pronuncia sanción alguna. Otras reglas hay cuya violación es castigada simplemente con la aplicación de una multa contra la persona que las infringe.

No obstante las reservas hechas con respecto a las disposiciones legales dirigidas a los jueces u otros funcionarios del orden judicial, cuya violación no está expresamente castigada, se puede sostener que son tan imperativas y de orden público como las demás. En efecto: el incumplimiento de esas disposiciones pueden ser motivo de una persecución disciplinaria contra el funcionario culpable de su violación, conforme lo dispone el art. 138 de la L.de O. J.

El arbitraje. Los particulares no están obligados a someter a los tribunales la decisión de sus diferencias, sino en los casos en que se trate de cuestiones que interesen al orden público o a las buenas costumbres, como, por ejemplo, las que se refieren a las relaciones de familia, al estado civil, a la protección de los incapaces (art. 6 del C. Civil, 1003 y 1004 del C. de Pr. Civil). Es una aplicación del principio de la ***autonomía de la voluntad,*** y una consecuencia directa y necesaria del derecho de propiedad, derecho natural inmanente de la

(13) Cada vez que las formalidades de procedimiento tienen por objeto, "no el fomiar la convicción del juez, sino del de asegurar la protección de las pretensiones de los litigantes, la jurisprudencia permite, sea a las dos partes prescindir de su cumplimiento de común acuerdo, sea al litigante, en cuyo favor se han establecido, renunciar a su observación". (E. H. Perreau Tectx,-nique de la jurispru dence en droit privé, II, 9).

personalidad humana (art. 8 de la Constitución) que confiere a su titular todos los poderes de disposición que la ley no le retira expresamente (art. 544 del C. Civil).[14]

En consecuencia, las partes pueden someter sus litigios a la decisión de -*arbitros,* o sea de particulares escogidos por ellas, a quienes invisten del poder de decidir el litigio. La decisión de éstos equivale a una sentencia emanada de un juez. Pero el fallo de los árbitros no es ejecutorio contra la parte condenada sino después de ser aprobado por el tribunal (art. 1020 del C. de Pr. Civil).

Reglas de forma; reglas de fondo. Las reglas jurídicas que estudia el derecho procesal civil son en su mayoría *reglas de forma.* Pero en el procedimiento hay también numerosas *reglas de fondo,* que tienen una importancia tan grande como las reglas de forma, y el examen de una y otra debe hacerse conjuntamente.

Entre esas reglas de fondo figuran principalmente: las que determinan las condiciones requeridas para el ejercicio de la acción en justicia; las relativas a la naturaleza y a los efectos del proceso; las que deciden cuáles son las pruebas, y mediante cuáles condiciones son administradas; las que determinan la naturaleza de la sentencia y rigen sus efectos. Muchas de esas reglas son materia del estudio del derecho civil y del derecho comercial. Pero no puede prescindirse de su examen en el estudio del derecho procesal civil, porque forman, por así decirlo la trama en que se mueven y funcionan las reglas de forma.

El formalismo procesal. Tanto en el dominio de las reglas de fondo, como en la aplicación de las reglas de forma, el derecho procesal civil se caracteriza por el establecimiento de un conjunto de *formalidades* y plazos que deben ser observados por las partes interesadas para solicitar, y por los órganos jurisdiccionales para proceder a la aplicación de la ley a los casos particulares. El *formalismo* es el rasgo esencial de las le-

(14) PANDECTES FRANÇAISES, art. arbitrage civil, 3; Ugo Rocco, Derecho Procesal Civil, 79 y s.; Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 26.

yes procesales sean de organización judicial, de competencia o de procedimiento propiamente dicho.

El formalismo procesal se justifica principalmente porque asegura la precisión y la fijeza deseables en la aplicación de las leyes, tanto de fondo como de forma, a cada caso particular: es, pues, la mejor garantía para la protección de los intereses de los particulares.[15]

La observación de las normas jurídicas relativas a esas formas de proceder se halla asegurada por diversas sanciones: *nulidades, caducidades, penas pecuniarias* (infra libro III).

El formalismo, en muchas ocasiones, plantea enojosos conflictos entre el derecho y la equidad. A causa de la inobservancia de las leyes de forma, en ciertos casos el litigante, que en el fondo tiene de su parte toda la razón, se ve privado de su derecho, con la pérdida de tiempo al verse obligado a reanudar el proceso, desde su inicio, o a partir de un determinado momento, a causa de la interrupción ocasionada por la aplicación, en su contra, de esas reglas de forma: declinatorias, nulidades, medios de inadmisibilidad, caducidas, etc.

La ley ha tratado, por diversos medios, de prevenir esos inconvenientes o de atenuar en lo posible sus efectos, simplificando en ciertos **casos algunos procedimientos, u obligando en** otros casos a las partes a utilizar el concurso y los servicios de oficiales ministeriales y otros auxiliares de la justicia, de quienes se requieren especiales condiciones de moralidad y competencia, y cuya responsabilidad pecuniaria frente a las partes se ha regulado convenientemente. Además, esos auxiliares se hallan sometidos al poder disciplinario de ciertos tribunales, que pueden imponer sanciones a sus faltas.

Así, por ejemplo, en los procedimientos relativos a los asuntos muy simples o de poco valor pecuniario, que son de la competencia de los juzgados de paz (art. 1 del C. de Pr. Civil), las formalidades de procedimiento se hallan reducidas a lo estrictamente necesario, y esos jueces gozan de ciertas libertades al ejercer sus atribuciones, y tienen ciertas iniciati-

(15) R. von Jhering, L'espiritu du droit, romain, trad. de Meulenaere, 3a. ed. III, 50; Chiovenda, principios de Derecho Procesal Civil, I, 4.11; Glasson, Précis de Procedure Civile, 2a. ed., I, 11.

vas para evitar a las partes que incurran en la aplicación de las sanciones que conllevaría la contravención a las reglas de forma.

En un parecido orden de ideas, el art. 68 de la Ley de R. de T. dispone que "cuando un interesado, por ignorancia, o por cualquier otro motivo, justifique no poder preparar en debida forma su reclamación y su defensa, el juez de la causa podrá designar a cualquier persona para que le ayude en tales diligencias."

Por otra parte, en los asuntos más complicados, de mayor valor pecuniario o más importantes en razón de su naturaleza, que son de la competencia del juzgado de primera instancia en atribuciones civiles y de la corte de apelación, la ley ha hecho obligatorio el ministerio del abogado, auxiliar de la parte y de la justicia, para la conducción del proceso en todas sus fases: dadas las condiciones de capacidad requeridas para el ejercicio de la profesión de abogado, éste se halla en condiciones de dirigir idóneamente el proceso, evitándole en cuanto sea posible a la parte en cuya representación actúa el que incurra en la violación de las leyes de procedimiento. Además, para el caso de que ocurran irregularidades perjudiciales a la parte, ésta tiene un recurso contra el abogado y contra los oficiales ministeriales, para obtener la reparación del perjuicio sufrido.

Es indiscutible, en legislación, la necesidad y la utilidad de un formalismo, prudentemente dosificado, como base de una buena administración de la justicia. Con el formalismo, en efecto, se impide que los litigantes más hábiles, o más versados en el manejo de las reglas de procedimiento, o más en condiciones económicas de obtener la asistencia de un jurista profesional, o más audaces, embauquen y arruinen a los menos preparados económicamente, o más confiados, haciéndoles víctimas de su candidez, de su pobreza o de su ignorancia, o que el juez pudiera parcializarse y dictar fallos injustos y caprichosos: las pautas procesales, hasta cierto punto rígidas e inflexibles garantizan a los litigantes contra esas contingencias. Por otra parte, la sentencia, que la ley considera ser la expresión de la verdad *(Res indicata pro vertíate habetur),* y cuyo

respeto por eso mismo se exige imperativamente a las partes y al juez, tiene más probabilidades de ser justa, y adecuada a los hechos de la causa, cuando es el coronamiento de una sucesión de formalidades preestablecidas, que cuando fuera el resultado de un procedimiento conducido por los litigantes desordenadamente y con absoluta libertad de acción.

Mas, para que sea incontrovertible la utilidad del formalismo, es preciso que las formalidades procesales sean las estrictamente indispensables para la consecución de los fines anteriormente expuestos: si son excesivamente numerosas y prolijas, o demasiado complicadas en su funcionamiento, tendrán un efecto deprimente sobre la efectividad de la justicia al traducirse, en la práctica, en un procedimiento costoso, lento y complicado.

La idea de un proceso menos solemne y formalista, mas simple, rápido y menos oneroso, parece haber guiado al legislador francés en sus reformas introducidas a partir del año 1958, que afectan principalmente el proceso y la competencia.

Estas nuevas reformas, como se ha expresado ya, fueron parcialmente incorporadas al derecho procesal civil dominicano con la promulgación de las leyes números 834 y 845 de 1978 que constituyen una traducción y adaptación no siempre apropiada, de la indicada legislación francesa.

Derecho público y derecho procesal civil. Es incontestable que, entre las normas que entran en el dominio del derecho procesal civil, casi todas las relativas a la organización judicial y a la competencia de atribución o *ratione* ***materiae*** forman parte del derecho público; pero hay, en cambio, disidencias en cuanto a determinar si las reglas concernientes al procedimiento, ***stricto*** *sensu,* entran dentrodel dominio del derecho público o del derecho privado. La controversia tiende cada vez más a salirse de esos límites, para plantear la cuestión de saber si el conjunto del derecho procesal civil es parte integrante del derecho público o del derecho privado.

Hasta hace poco había predominado en la doctrina la opinión de que el procedimiento civil, en el cual se incluye el

procedimiento comercial, forma parte del derecho privado, argumentándose en ese sentido que el procedimiento civil no es otra cosa que el conjunto de regias que sirven principalmente a la protección y la sanción de los derechos privados de que los particulares son sujetos, en tanto que pueden ser materia de proceso entre ellos.[16] Conforme a esta opinión, pues, el procedimiento civil sería un mero complemento del derecho civil.[17]

Recientemente se ha formado una poderosa corriente en la doctrina que ve, por el contrario, en el procedimiento civil una parte integrante del derecho público.[18]

Siendo el procedimiento civil, se sostiene en esta segunda opinión, el conjunto de las normas que rigen la administración de la justicia, como privativa actividad del Estado, es forzoso considerarlas como reglas del derecho público. Aunque en los procesos civiles y comerciales se debaten solamente intereses privados, y aunque muchas de las reglas del procedimiento hayan sido instituidas en consideración del carácter privado de esos intereses, no es menos evidente que del proceso surgen especiales relaciones, de carácter público, no solamente entre las partes, sino también y principalmente entre las partes y el Estado, en cuyo nombre ejercen sus funciones los magistrados investidos de la *jurisdicción.* Hay que notar, además, que las reglas básicas del procedimiento civil, especialmente las relativas a la publicidad, la contradicción y la oralidad de los juicios, la producción y recepción de las pruebas, los recursos, la ejecución forzosa de las decisiones judiciales y de los otros actos ejecutorios, en nombre y con el concurso del poder público, son evidentemente reglas de derecho público, y no reglas de derecho privado, aunque, por

(16) Garsonnet y César-Biú, Ttaité, II, 2; Glasson, Précis de Procedute Civile, 2a ed„ I, 13.

(17) Los autores que piensan de este modo llaman a esta parte del derecho civil derecho civil práctico, por oposición al derecho civil teórico. Véanse: Aubry y Rau, Cours de Droit Civil, 5a. ed„ I. 24; Baudry Lacantineñe y Houques. Fourcade, Des peisonnes, 3a ed., I. 28. Aubry y Rau dedican la última parte de su obra, XII, 745 y s„ alas teorias relativas alas acciones, las pruebas, la cosa juzgada, las vías de ejecución.

(18). Glasson y Tissier, Traite I, 3.

lo general, solamente la parte peijudicada con su violación pueda proponer una nulidad o una caducidad fundándose en esa violación de la regla del derecho.

Ninguna de estas dos opiniones puede ser considerada como exacta representación de la verdad, en el estado actual de nuestra legislación. Lo cierto es que muchas, probablemente la mayor parte de las normas de procedimiento civil, pertenecen al mismo tiempo al derecho público, en cuanto reglamentan el modo cómo el Poder Judicial cumple su cometido, y al derecho privado, en cuanto reglamentan el modo y las formas mediante los cuales los particulares pueden solicitar y obtener la protección de sus intereses.

Integrado así el derecho procesal civil por el estudio de normas de derecho público (las relativas a la organización judicial, a la competencia de atribución o *ratione materiae* y parte de las relativas al procedimiento propiamente dicho), y por normas de derecho privado (como son muchas de las que forman el procedimiento), resulta en consecuencia impropio clasificarlo terminantemente, en total, como una rama del derecho público o como una rama del derecho privado: su posición es más bien intermedia, hasta cierto punto autónoma, pero con marcada tendencia a evolucionar hacia el derecho público, lo que ha inclinado a algunos autores a atribuirle un carácter mixto[19] La opinión que incluye el derecho procesal civil en el derecho público es más sostenible en las legislaciones de tipo germánico o de tipo anglosajón, en las que el juez tiene extensos poderes para dirigir el proceso (procedimiento *inquisitorio),* que en las legislaciones de tipo latino, en que el proceso es casi enteramente impulsado por las partes (procedimiento *acusatorio).* La diferencia se percibe claramente entre nosotros comparando el funcionamiento de los tribunales de tierra, regidos por uan legislación que se inspira en una

(19) V. sobre este punto, Chiovenda, Principios de derecho procesal civil, I, 4.11 el mismo. Instituciones de Derecho procesal Civil, I, 39; H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, I, 1961, No. 7.

fuente anglosajona, la llamada ley *Torrens,* con el procedimiento que rije los demás tribunales®◦^

Eficacia de la ley procesal en el tiempo. De acuerdo con el Art. 45 de la Constitución las leyes son obligatorias inmediatamente después de transcurrido el tiempo legal fijado para que se reputen conocidas; es el principio del efecto obligatorio *inmediato* de la ley. Por otra parte, el Art. 47 de la Constitución establece que las leyes no tienen efecto retroactivo, es decir, no pueden ser aplicadas a las situaciones jurídicas creadas antes de su vigencia (Casación: 20 de marzo de 1949, B. J. 464, p. 243), sino en el caso de que sean favorables al que está *sub-judice,* o cumpliendo condena (Casación, noviembre 1958, B. J. 575, p. 1287): es el principio de la *irretroactividad* de la ley.

El principio constitucional de la irretroactividad de la ley limita, pues, la capacidad del Poder Legislativo, en el sentido de que le impide elaborar leyes que produzcan sus efectos en el pasado (Casación, 9 de noviembre de 1908, B. J. 1, p. 2).

Igual disposición se halla enunciada en el art. 2 del C. Civil.

El principio de la irretroactividad de la ley es tradicional en nuestro derecho público, habiendo sido invariablemente consignado en todas nuestras constituciones, a partir de la del

(20) Como se sabe, la antitesis entre el derecho público y el privado remonta a la jurisprudencia romana. Ulpiano la expone, según Digesto, I, 1, 2 (véase también Instituía de Justiniano I, 1, 4) diciendo que el derecho público es el que se refiere ala organización del Estado romano, y el privado el que toca a la utilidad de cadaindividuo. Sehanegado todo fundamento a esta clasificación, considerándola falsa desde distintos puntos de vista (véase: Duguit, Traité de Droit Constitutíonnel, 2a. ed., I, 69; Consentini, La reforme de la legislation civile, 2a. ed., p. 174 y s.; Kelsen, Teoría general del Estado, 17). La generalidad de los autores mantiene esta clasificación de las reglas jurídicas principalmente por razones metodológicas, observando sin embargo lo difícil que es el precisar sus dominios respectivos. No hay completa separación e independencia de unas reglas con respecto a las otras, sino una mera tendencia de toda regla de derecho a "polarizarse" en la dirección del derecho público o en la del derecho privado. Las esferas del derecho privado descansanprimordialmente sóbrelas bases del orden estatal, esto es, sobre la organización y las atribuciones de los poderes del Estado (Accarias, Précis de Droit Romain, 4a. ed., I, p. 9 nota 2; Jora, Derecho Privado Romano, 2a. ed. 32-2).

6 de noviembre de 1844, cuyo art. 34, que forma parte del cap. II del título III, bajo la rúbrica ***Derecho público de los dominicanos,*** se expresa así: ***ninguna ley puede tener efecto retroactivo.***

Es evidente que este precepto constitucional contiene una doble prescripción: una dirigida al juez, mandándole aplicar la ley solamente a los hechos consumados posteriormente a su vigencia (v. Casación, 4 de diciembre de 1935, B. J. 305, p. 494; lo. de septiembre de 1982, B. J. 862, p. 1557; 6 de diciembre de 1982, B. J. 865, p. 2412); otra dirigida al legislador, prohibiéndole dictar leyes con efecto retroactivo.

Respecto de las leyes procesales se plantea la cuestión de saber si deben aplicarse indistintamente a los procesos iniciados antes o después de su promulgación. La aplicación inmediata de la ley podría conducir, en muchos casos, a verdaderas iniquidades por desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos. El limite de esta aplicación inmediata reside, pues, únicamente en la consideración, en cada caso, de si hay o no un derecho adquirido, que pueda ser desconocido o vulnerado con la aplicación inmediata de la ley nueva Asi, por ejemplo, se admite que cuando la ley nueva ha cambiado las formas del procedimiento, pronunciando una nulidad o una caducidad que antes no existían, los actos hechos anteriormente deben considerarse válidos y oportunos aun cuando fueran irregulares o extemporáneos de acuerdo con la ley nueva. En este caso se admite generalmente que hay un derecho adquirido a la validez y a la eficacia del acto. Por el contrario, cuando la parte no puede justificar la existencia de un derecho adquirido, la ley nueva se aplica inmediatamente, de acuerdo con el principio general, aun cuando tal aplicación inmediata conduzca, posiblemente, a suprimir una mera expectativa que contemplaba esa parte. Por ejemplo, si, antes de que se dicte la decisión sobre el fondo, se promulga una ley que abroga la competencia del tribunal apoderado de la

(21) Glasson y Tissier, Tiaité, 1, 5 y sdg.; Chicvenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 27; Dugnit, Tiaité de Droit Constitucionnéí, 2a. ed., II, 21; Fiore, De la irretroactividad de las leyes, 3a. ecL. 20 y s.; Morel, Traite elementaire de Proceda re Civile, 2a. ed., 19 y s.; J. solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, I, 1961 Nos. 26 y sig.

demanda, o que atribuye competencia para conocer del asunto a otro tribunal, es indiscutible que el tribunal anteriormente apoderado pierde la atribución de dictar sentencia, y deberá desapoderarse (véase Casación, 20 de marzo de 1942, B. J. 380, p. 146).Ejemplo de abrogación de competencia es la L. 376 de 1932, que modificó el art. 580 del C. de Pr. Civil y suprimió el embargo retentivo de sueldos, pensiones, jubilaciones y subvenciones adeudados por el Estado y los municipios, al determinar que los embargos retentivos que se habían notificado antes "no surtirán efecto alguno si no ha intervenido sentencia definitiva en validez a la publicación de la presente ley." Son ejemplos, entre otros, de atribución de competencia a otro tribunal: el art. 145 de la L. de R. T. de 1920, que sustrajo a la competencia de los tribunales ordinarios, para atribuirlas exclusivamente al T. de T., las cuestiones relativas a los derechos reales inmobiliarios, a partir de la fecha en que se dé comienzo a una mensura catastral en el terreno objeto de litigio; el art. 1 de la L. 571 de 1941, que modifica el § 2o. del art. 1 del C. de Pr. Civil, y atribuye a los alcaldes (hoy jueces de paz) competencia para conocer de las acciones relativas al contrato de locación, sin apelación hasta la suma de 25 pesos, y a cargo de apelación por cualquier cuantía a que se eleve la demanda, en cuya virtud los juzgados de primera instancia tuvieron que desapoderarse del conocimiento de los asuntos que antes eran de su competencia en virtud de los art. 1 §-2o. del C. de Pr. Civil y 45-la. de la L. de O. J., modificado por la L. 962 de 1928; el art. 2 de la L. 625 de 1941, que, como consecuencia de la inclusión del distrito judicial de Espaillat en el departamento de la C. de A. de La Vega, dispuso: "Los expedientes del Distrito Judicial de Espaillat que a la fecha de la publicación de esta Ley deban ser conocidos o se encuentren pendientes de fallo por ante la Corte de Apelación de Santiago, pasarán a la Corte de Apelación de La Vega, para los fines correspondientes". El art. 2 de la L. 1188 de 1946 contiene una disposición análoga con respecto a los j. de p. i. incluidos en el departamento de la C. de A. de San Juan la Maguana.

En cambio, la disposición final del art. 3 del D. del 7 de

junio de 1905, ahora reemplazado por el art. 3 de la L. 259 de 1940, que admite la pluralidad de domicilios, al declarar que era "interpretativa de las disposiciones contenidas en los artículos 59 a 74 inclusive del C. de Pr. Civil", parece que violó el precepto constitucional de la irretroactividad de la ley.

De acuerdo con la opinión generalmente adoptada, si la ley nueva, en vez de abrogar o modificar, se limitara a suprimir o a modificar su competencia territorial, el tribunal podría juzgar el litigio, si se hallaba en estado de recibir fallo, es decir, si las partes habían presentado ya sus conclusiones en audiencia. En esa hipótesis puede admitirse que las partes tienen un derecho adquirido a que se dicte sentencia por el tribunal apoderado, al cual, por otra parte, ellas hubieran podido someter el litigio aunque no fuera competente,puesto que esas regías de competencia no son de orden público.

En algunos casos el legislador ha regulado, mediante una disposición expresa, el tránsito entre la aplicación de la ley antigua a la de la ley nueva. Así, por ejemplo, la L. sobre Procedimiento de Casación del 12 de abril de 1911 no admitía que la perención fuera un modo de extinción de la instancia relativa al recurso de casación; al contrario, de acuerdo con la L. 295, del 30 de mayo de 1940, que agregó un párrafo al art. 9 de aquella ley, el recurso de casación perimiría, de pleno derecho, si transcurren tres años contados desde la fecha del auto de admisión sin que el recurrente haya depositado el original del emplazamiento, o si transcurriere el mismo sin que el recurrente pida la exclusión o la declaración de defecto contra el recurrido. Para los casos de que un recurso de casación, intentado antes de la fecha de la ley nueva, se hallaba afectado por esa paralización de procedimiento, durante más de dos años, la L. 295 de 1940 dispuso que el plazo de la perención de pleno derecho sería solamente de un año, contado a partir de la publicación de la ley. Asimismo, la L. 585, del 24 de octubre de 1941, que acortó los plazos de varias de las prescripciones establecidas por el .C. Civil, determinó en el Art. 2 lo siguiente: "Cuando el período de una cualquiera de las prescripciones a que se refiere esta ley hubiere comenzado a correr antes de la publicación de la misma, el tiempo transcurri-

do desde el comienzo de ese período hasta el momento en que esta ley se repute conocida será computado de conformidad con lo dispuesto en el texto correspondiente antes de la modificación que le introduce esta ley, y lo restante de ese periodo será computado de acuerdo con la modificación introducida por esta ley en el mismo texto".

El art. 143 de la Ley No. 834 de 1978 que modifica y deroga diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, establece que los plazos de procedimiento relativos a las materias tratadas en dicha ley "sólo se aplicarán cuando la notificación que hace correr el plazo sea posterior a la fecha de la entrada en vigor de esta ley". El artículo 144 de la misma ley estableció un plazo de tres meses después de su publicación oficial, para la puesta en vigor. Igualmente, el art. 10 de la Ley 845 de 1978 que modifica también diversos artículos del Código de Procedimiento Civil relativos a la competencia de los Jueces de Paz y reduce los plazos para interponer los recursos de apelación y de oposición, establece que "dichos plazos sólo se aplicarán cuando la notificación que hace correr el plazo sea posterior a la fecha de entrada en vigor" de dicha ley. La misma disposición establece que, respecto a las medidas de instrucción, las nuevas reglas se aplicarán cuando hayan sido dispuestas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Al igual que la ley anterior, el art. 11 fija un plazo de tres meses para su entrada en vigor.

Eficacia de la ley procesal en el espacio. Cuando las partes en causa son de nacionalidad extranjera, o cuando la relación jurídica sobre la cual deben estatuir los tribunales dominicanos ha nacido con ocasión de un acto o un hecho ocurridos en el extranjero, se puede presentar un conflicto entre la ley dominicana y la ley extranjera: ambas leyes, en efecto, podrían ser invocadas para decidir la cuestión sometida al juez.

Se admite generalmente, por razones de conveniencia y por interpretación del art. 3 del C. Civil, que la ley dominicana no rige necesariamente todas las relaciones jurídicas que puedan ventilarse ante los tribunales dominicanos. Para la so-

lución de las cuestiones surgidas de varias de esas relaciones entre las partes, por ejemplo de las relativas al estado y a la **capacidad, a la forma** y a los efectos de **los** actos jurídicos, a la **admisibilidad** y a la fuerza de las pruebas, es **casi** constantemente admitido que los tribunales deben aplicar, según los casos, sea la ley nacional de las partes, sea la ley vigente en el territorio en que nació **la** relación jurídica litigiosa.

Por el contrario, en todo lo que se relaciona con la organización judicial, la competencia y el procedimiento, los tribunales dominicanos están estrictamente obligados a aplicar únicamente la ley dominicana, sea cual sea la nacionalidad de las partes o el lugar en que nació la relación jurídica considerada. Las leyes procesales, en efecto, son, de acuerdo con la expresión consagrada por el uso, de orden público internacional, puesto que organizan la administración de la justicia, uno de los poderes con cuyo ejercicio se manifiesta la soberanía del Estado.^

En la Convención celebrada el 20 de febrero de 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana, aprobada por la R. 1055 de 1928 fue adoptado el ***Código de Derecho Internacional Privado,*** en el cual se proveen diversas reglas acerca de los conflictos que pueden surgir en la aplicación de las leyes procesales (art. 314 y s.).

Interpretación de la ley procesal. Son aplicables en esta materia los principios generales de interpertación elaborados por la doctrina y la jurísprudencia.[23] De acuerdo con la opi**nión** generalmente sustentada por la doctrina hay que insistir, sin embargo, en la distinción fundamental, antes mencionada, entre las reglas de fondo y las reglas de forma, para señalar

(22) Weiss, Manual de Droit Internationnel Privé, 9a. ed., 405 y s., 670 y s.; Sánchez de Bustamante, Manual de Derecho Internacional Privado, 2a. ed. 20 y s., 210 y s.; Glasson y Tissier, Traité I, 7; Duguit. Traité de Droit Constitutionnel, 2a. ed., II, 21; Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil. I, 28.

(23) V. además de los capítulos que a este asunto dedican los manuales y tratados de introducción al estudio del derecho y de derecho civil, F. Gény, Methode d'Interprétation et sources en droit privé positif, 2a., ed., 1919.

una importante diferencia entre ambas categorías de reglas, desde el punto de vista de la interpretación.

El C. de Pr. Civil, como antes se ha visto, es casi siempre mudo en lo que respecta a las reglas de fondo, y cuando, excepcionalmente, toca algunas de estas cuestiones, lo hace de un modo extremadamente lacónico e insuficiente. De ahí que, en esta materia, los jueces han tenido la oportunidad, y al mismo tiempo la necesidad y el derecho de precisar el sentido de numerosas disposiciones legislativas, y de extender su campo de aplicación, cuando ha sido necesario, a casos no literalmente previstos en esas disposiciones, usando para ello de los procedimientos usuales de interpretación, especialmente de la analogía. Por esa razón, como también anteriormente se ha expuesto, la doctrina y la jurisprudencia han podido legítimamente elaborar, en todo o en parte, un cierto número de teorías del derecho procesal civil, como, por ejemplo, las relativas a las condiciones generales de admisibilidad de la demanda en justicia, de la intervención voluntaria y de la intervención forzosa, etc.

Pero el problema es distinto cuando se trata de interpretar el conjunto de normas procesales de pura forma, tales como las relativas a la forma de los actos y a las nulidades en que se puede incurrir por su violación, a los plazos de procedimiento y a las caducidades que resultan de su inobservancia, a la competencia de atribución o *ratione materiae,* etc. En todos estos casos, nos encontramos frente a lo que anteriormente se ha descrito como formalismo procesal, conjunto de normas formales destinadas a encauzar el proceso y los procedimientos de manera a salvaguardar los intereses y dere^ chos de las partes, y a evitar sorpresas y engaños. Aquí el intérprete se encuentra más ligado por el contenido formal de esas reglas que cuando se trata de las reglas de fondo; no goza de la facultad de emplear los procedimientos usuales de interpretación, especialmente el de la analogía, para extender o restringir el contenido de esas normas procesales, sobre todo, cuando se trata de reglas que sancionan su violación con nulidades, caducidades, declinatorias de competencia, etc. Así, deben ser interpretadas restrictivamente, y no pueden, por lo

tanto, ser extendidas por analogía, por ej., las leyes relativas a la competencia, cuando derogan al derecho común (v. art. 45 de la L. de O. J.), ni las leyes que pronuncian nulidades o caducidades (art. 1030 del C. de Pr. Civil).

No obstante esas razones, en muchos casos la jurisprudencia restringe o extiende el alcance de las leyes procesales, sin atención a la circunstancia de que sean reglas de fondo o reglas de forma[24]. En este sentido pueden citarse entre otras muchas: la teoría de la nulidad virtual de los actos de procedimiento, elaborada a pesar de lo dispuesto en el art. 1030 del C. de Pr. Civil (infra libro **III);** la teoría de la reintegranda, como acción judicial ***sui generis;*** la extensión a todos los tribunales del principio enunciado en el art. 173 del C. de Pr. Civil, que prescribe invocar las nulidades de la citación o de los otros actos de procedimiento antes que toda defensa al fondo[25] la obligación para todos los tribunales, aun los de excepción, de motivar sus sentencias, impuesta por el art. 141 del C. de Pr. Civil solamente a los tribunales ordinarios.

Hay que observar que, cada vez que los tribunales usan de esta facultad de extender o restringir el alcance de las leyes procesales, sean de fondo o de pura forma, lo hacen con miras a una mejor protección de principios superiores de orden público, o de legítimos intereses de los litigantes, especialmente del derecho de la defensa.

El derecho procesal civil. El derecho procesal civil se propone, según ha venido exponiéndose, el estudio sistemático de la legislación procesal civil, en su triple aspecto de leyes de organización judicial, de competencia, de procedimiento y en sus relaciones con el derecho privado (derecho civil y comercial). La denominación ***procedimiento civil***, dada a esta materia en los programas oficiales, conforme al uso tradicio-

(24) E. H. Perreau, Technique de la jurisprudence en droit prive, I, 290, y s.

(25) El Art. 35 de la L. 834 de 1978, adopta este principio jurisprudencial al expresar que la nulidad délos actos de procedimiento "puede serinvocada a medida que estos se cumplen; pero ella estará cubierta si quien la invocaha hecho valei; con posterioridad al acto criticado, defensas al fondo u opuesto un medio de inadmisión sin promoverla nulidad".

nal, es evidentemente inexacta, porque mira únicamente la sucesión de actos con que se integra el proceso, y no su estructura interna. La de *derecho judicial civil,* propuesta por algunos autores, no es tan exacta y comprensiva como la de derecho procesal civil, puesto que muchos procedimientos ejecutorios o embargos son *extrajudiciales* (infra, libro IX), y deben sin embargo ser estudiados por esta rama de la ciencia jurídica.[26]

Desde el punto de vista sistemático, la ciencia del derecho procesal civil se propone, como materia de estudio, tres nociones fundamentales: la *jurisdicción,* la *acción,* el *proceso*,[27]

La jurisdicción es, como lo indica su etimología, la privativa actividad que ejerce el Estado mediante jueces y tribunales, de *decir el derecho.*

La acción es la actividad que desarrollan las partes a quienes divide un conflicto de intereses para solicitar de los órganos jurisdiccionales del Estado que dicten sentencia dirimitoria de tal conflicto.

Por último, el derecho procesal civil aborda el estudio del proceso, que es el conjunto de formalidades cumplidas por las partes y por el juez a fin de que éste quede puesto en condiciones de decir el derecho entre las partes mediante un

(26) Apoyando la tesis de René Morel (Traité elementaire de proeedure civile, 2a. ed. No. 4), H. Solusy R, Perrot (Droit Judiciairie privé , I, 1961, No. 4) prefieren el termino "derecho judicial". Consideran que el vocablo "procedimiento" abarcaría únicamente las reglas que deben observarse ante los tribunales para obtener la sentencia y ejecutar ésta. Pero, afirman, las cuestiones que se presentan en la ejecución de los derechos no son solamente problemas de procedimiento, sino que también abarcan aspectos concernientes a la organización judicial y a la determinación de los poderes judiciales. Estos autores consideran que la denominación correcta es "derecho judicial privado" en contraposición con la denominación propuesta por Morel, de "derecho judicial civil (para sustraerla de la materia penal y administrativa) ya que la obra de los citados autores abare a no solamente el derecho civil y comercial, sino el derecho niral y de trabajo.

(27) Chiovenda, La acción en el sistema de los derechos, nota 2, en ENSAYOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, trad., de S. Sentís Melendo, I, 39 y s„ Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, trad. de S, Sentís Melendo, 7.

acto jurisdiccional, la sentencia. El proceso, pues, pone en contacto y une la jurisdicción y la acción.[28]-

(28) El detecho procesal civil debe abordar el estudio de su materia propia tanto desde el punto de vista puramente teórico, como desde el punto de vista déla aplicación de los principios generales en la práctica. Estoúltimo se manifiesta, principalmente, de un lado en la práctica judicial y extrajudicial, y de otro lado en la jurisprudencia de los tribunales (v. el trabajo de A. B. Schwarz antes mencionado). Nada de particular hay que deciracerca de la práctica judicial y extrajudicial; es la manera o la técnica empleada por cada profesional de la ciencia jurídica procesal para aplicar y realizar, en cada caso particular, los preceptos generales de la ciencia; es una labor de -adaptación, que puede ser y ha «ido objeto de trabajos de sistematización, pero que generalmente cada uno realiza, dentro de ciertos límites, conforme a sus propias ideas y tendencias. Es ante los tribunales a donde van o pueden ir a parar finalmente las actuaciones de la práctica judicial y extrajudicial; el juicio de los tribunales acerca del mérito de esas actuaciones es lo que forma la jurisprudencia. En su labor de formular la jurisprudencia, los tribunales apelan en primer término a los principios generales de la ciencia del derecho más o menos explícitamente formuladas poruña ciencia jurídica preexistente; son estos principios generales los que, por decirlo «sí, forman el núcleo de la jurisprudencia. A su vez, el sentido y la orientación déla jurisprudencia se refleja en la formación de los principios generales, corrigiéndolos o precisándolos. En todo derecho puede comprobarse fácilmente ese intercanbio de influencias entre la doctrina y la jurisprudencia. Si es útil e indispensable el estudio sistemático de la jurisprudencia, es, precisamente, o porque recibe y consagra una tendencia doctrinal, o porque sirve de punto de partida o de base a un movimiento doctrinal En todo caso, no puede prescindiese del estudio sistemático de la jurisprudencia para elaborar una rama cualquiera de la ciencia jurídica. Ahora bien: entre nosotros, es imposible el estudio de la total jurisprudencia de nuestros tribunales a causa de que no es suficientemente conocida. En cuanto a la publicidad hay que señalar solamente, en efecto, la siguiente: las sentencias de la S. C. de J., que no era antes, como lo es ahora, una Corte de Casación, sino un tribunal de apelación p«a todala República, pronunciadas entre 186 5 y 1872, fueron recogidas en un volumen, sin fecha de publicación; más tarde, con anterioridad al año 1908, las sentencias de la misma S. C. de J. se publicaban en la Gaceta Oficial y en un Boletín Judicial (que tuvo varias épocas); a partir de 1908, época en que fueron atribuidas a la S. C. de J. por la Constitución de 1908, las funciones de Corte de Casación, y en que lieron organizadas las cortes de apelación, las sentencias de esos tribunales eran también generalmente publicadas en la Gaceta Oficial; entre agosto de 1910, época en que fue fondado, y enero de 1919, el actual Boletín judicial publicaba las sentencias de la S. C de J. y las de las cortes de apelación. Por otra parte, las cortes de apelación y algunos juzgados de primera instancia insertaron sus decisiones en su respectivo Boletín Judicial, que estos últimos debían publicar en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la L. de O. J. del 2 de junio de 1908. Algunas pubUfcacioneí de carácter total o parcialmente doctrinal han insertado o insertan algunas sentencias, a veces con comentarios: Revista Judicial, 1905-1916; Temis, 1917-1918; Revista Jurídica, 1920; Revista de Derecho, 1935; Revista Jurídica, 1935; Gaceta Judicial, 1924-1935; Revista Jurídica Dominicana, órgano de la Procuraduría General de la República, 1939 y s. Pero actualmente, sólo son publicadas oficialmente, en el Boletín Judicial, las sentenciasde la S. C. J. A menos que se recurra directamente a los archivos correspondiente», no es posible el estudio de las decisiones de los jueces de paz, anteriormentealcsldes, de los jueces de primera instancia, del Tribunal de Tierras, de las cortes de apelación, muchas de las cuales pueden resultar interesantes ejemplares para la formación de nuestra ciencia jurídica en general, bien sea que me-

rezcan aprobación o censura El examen analítico y crítico de nuestra jurisprudencia , aparte de algunas contribuciones contenidas en trabajos diseminados en periódicos de interés general y en las revistas antes mencionadas, está, debido a esas circunstancias, aun por hacer, y no.podrá ser hecho mientras no sean más ampliamente divulgadas las senencias de todos los tribunales que contengan soluciones jurídicamente interesantes, como buenas o como malas. Dadas las características de nuestro medio en que los trabajos de ese género no producirán lo suficiente, para cubrir los gastos y mucho menos dejarían beneficio económico a sus autores, la labor de dar a conocerlas decisiones judiciales no puede ser emprendida por particulares, sino por iniciativa oficial. Hay que señalar, sin embargo, varias publicaciones por iniciativa particular, que contienen recopilaciones de jurisprudencia, principalmente de la S. C. de Justicia: M. U. Gómez hijo. Repertorio Al fabético de la Jurisprudencia Dominicana, 1er. volumen, 1935, 2o. volumen, 1947, que abarca las sentencias de la S. C. de Justicia de 1908 a 1938; C. Gaton Richiez, La jurisprudencia enla República Dominicana, 1865-1936 Vol. 1 1943, continuada con una edición patrocinada por la Universidad Autónoma de Santo Domingo, Tomos I y II, 1976. En esta obra son analizadas sentencias de otros tribunales y se hacen referencias a trabajos doctrinales aparecidos en periódicos y revistas, F. E. Ravelo de la Fuente, Jurisprudencia del Tribunal de Tierras, 1947, Manuel D. Bergés Chupani, Jurisprudencia dominicana, publicada en varios volúmenes, que abarcan un periodo de 1947 a 1975. No obstante su importancia intrínseca estos trabajos no responden cabalmente a las necesidades anteriormente apuntadas puesto que un conjunto de sumarios de la jurisprudencia, por completo y sistemático que sea, no puede reemplazar el examen directo y total de las decisiones. Conviene finalmente señalarla colección de derecho Estudios Jurídicos del Editorial Capel Dominicaia, S. A.; Guía del Abogado de la misma casa editora, de Juan Ml. Pellerano Gómez, que contienen una recopilación de doctrina dominicana; Cuadernos Jurídicos, publicación mensual a cargo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, y Revista de Ciencias Jurídicas, publicada por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Madre y Maestra, que contienen informes sobre legislación, jurisprudencia y doctrina principalmente.

LIBRO II

LA ORGANIZACION JUDICIAL (*)

CAPITULO I - LA JURISDICCION

SECCION I - LA FUNCION JURISDICCIONAL

Separación de los Poderes. En el sistema constitucional dominicano, análogo al de casi todos los demás Estados, el gobierno se divide en *poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial,* según expresa el **art.** 4 de **la** Constitución del 28 de noviembre de 1966. Esos poderes, agrega la Constitución, son independientes **en** el **ejercicio de sus** funciones. **Es** el tradicional principio de la *separación de los podere^,* considerado generalmente como esencial para el funcionamiento del gobierno democrático y representativo. Todas nuestras constituciones lo han venido consagrando en forma análoga, desde la del 6 de noviembre de 1844, art. 39 a 45.

Se entiende actualmente que la separación de los poderes no es un dogma absolutamente rígido e intangible, sino, por el contrario, un principio sujeto a diversas limitaciones o restricciones, condicionado por las particularidades del medio social en que debe aplicarse.

(*) PANDECTES FRANÇAISES, art. Organisation judiciaire; Dalloz, REPERTOIRE PRACTIQUE, art. Cours et Tribunaux; Garsonnet y Cézar-Biu, Traité, I, 24 y S.; Glasson y Tissier, Traité, I, 27 y s.

(1) Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 2a. éd., II, 40 y s.; Kelsen Teoría general del Estado, 37, Carré de Malberg, Theorie générale de l'Etat, I, 116, 270 y s.; Horriou, Précis de Droit Constitutionnel, 2a. éd., 347 y s. Expuesto primeramente por Aristóteles (La Política, lib. VI, cap. XI y s.) el principio fue desenvuelto y sistematizado por Montesquieu (Espirit des lois, lib. XI, cap. VI y s.). Se halla proclamado como dogma político tanto en las declaraciones de independencia de las colonias inglesas de América del Norte, entre 1776 y 1783, como en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789Hostos propuso (Lecciones de Derecho Constitucional, XI, XXXVI y s.) designar como funcione» del poder lo que generalmente conocemos como poderes del Estado. Sobre las polémicas surgidas acerca de los orígenes de las declaraciones francesas y americana puede verse Jellineck, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, y el prefacio de F. Lamaude a la trad. francesa de G. Fardis.

En primer término puede observarse que las respectivas competencias de esos tres poderes se entremezclan con frecuencia. El Senado, uno de los órganos del poder legislativo, ejerce funciones *jurisdiccionales,* esto es, actúa como si fuera un órgano del poder judicial, cuando conoce de ciertas acusaciones formuladas por la Cámara de Diputados contra algunos funcionarios electivos, según lo dispone el Art. 23 de la Constitución. El Poder Ejecutivo ejerce verdaderas funciones legislativas: por una parte, de acuerdo con el Art. 115-V de la Constitución, cuando dispone por medio de decreto-ley los traslados y transferencias de sumas dentro de la L. de Gastos Públicos que exijan las necesidades urgentes del servicio administrativo asi como las creaciones o supresiones de cargos administrativos o servicios públicos que afecten aquella ley, con la obligación de someter al Congreso, en la próxima legislatura, para su aprobación, las referidas disposiciones; y por otra parte, al expedir decretos, reglamentos e instrucciones, conforme al Art. 55 de la Constitución. Estos actos son leyes en el sentido material. A su vez los tribunales ejercen numerosas funciones que no tienen carácter jurisdiccional, sino puramente *administrativo,* esto es, *ejecutivo,* especialmente cuando dan autorizaciones (por ejemplo, para que ciertos menores de edad puedan contraer matrimonio), o pronuncian homologaciones (por ejemplo, para vender inmuebles de menores). actos que tienen idéntica naturaleza que los que emanan normalmente del Poder Ejecutivo. Cuando han ejercido la potestad de hacer reglamentos para su régimen interior, esos actos tenían un cierto caracter *legislativo*^.

Tampoco es absoluta la separación de los poderes del Estado en lo que respecta al modo de nominación de sus

(2) Los tribunales debían, de acuerdo can los art. 154, 155 y 156 de la L. de O. J. de 1927, derogados por la L. 962 de 1928, dictar reglamentos generales para su régimen interior. Esas disposiciones eran inconstitucionales, porque, en virtud del principio de la separación de los poderes, la competencia para expedir reglamentos, que son leyes en el sentido material, no puede residir sino en los órganos a quienes la Constitución se la confiere expresamente (véase Dugiit, Traté de Droit Constitutionnel, 2a., ed., II, 20). Algunas disposiciones de la L. de R. de T. confieren al T. de T. la facultad de emitir reglamentos. Parece indiscutible que ellas son inconstitucionales (art. 108, 16 7 y 177).

respectivos órganos, puesto que al Senado corresponde nombrar los jueces (de la Suprema Corte de Justicia, de las cortes de apelación, del Tribunal de Tierras, de primera instancia, de paz, de instrucción), en virtud de lo que dispone el art. 23. Si se fuera a aplicar en toda su pureza el principio de la separación de los poderes, los jueces deberán ser elegidos directamente por el pueblo, al igual que los miembros de los otros poderes del Estado.

Se ha dicho, justamente®': "Cada constitución aplica la separación de los poderes conforme al espíritu que la inspira; cada nación la interpreta según su temperamento político." Esto puede aplicarse a nuestro sistema constitucional ecléctico y hasta cierto punto original, apropiado a nuestro medio y consecuente con nuestras tradiciones.

El principio de la separación de los poderes, como se ve, se halla muy atenuado por numerosas interferencias entre las atribuciones de los órganos de los poderes del Estado. "A cada uno de estos tres poderes se le ha atribuido una pequeña parte de la esfera de competencia del otro poder. Pero cada uno de ellos tiene una actividad determinada como elemento esencial y propio, a saber: la de juzgar para los tribunales, la de administrar para las autoridades administrativas, y la de legislar para los órganos legislativos. La función principal ha modelado el órgano; ella determina su posición dentro del derecho público y de ella recibe su nombre".[4]

Qué es la jurisdicción. La jurisdicción es, precisamente, como acaba de exponerse, la función que constitucionalmente incumbe al Estado de asegurar, por medio de órganos especiales llamados *tribunales,* el amparo, protección o tutela de los derechos subjetivos y de las otras situaciones jurídicas que se hallan protegidas por las normas del derecho objetivo. Es esa, más bien que la facultad, la obligación del Estado, de *decir el derecho.*

Con el término ***jurisdicción,*** en un sentido figurado, se

(3) Garsonnet y César-Bru Traite, I, 2.

(4) F. Fieiner, Instituciones de derecho administrativo, 2.

designa también a los tribunales. Así se habla, por ejemplo, de jurisdicciones del primero o del segundo grado, de jurisdicciones ordinarias o extraordinarias.

Acto jurisdiccional; acto legislativo. El acto legislativo, o, lo que es lo mismo, la ley en sentido material, es la disposición general y abstracta que expone la regla de derecho objejetivo.

El acto jurisdiccional, es el que aplica la norma de derecho objetivo a un caso particular, mediante la comprobación de la existencia de una situación jurídica, generalmente un derecho subjetivo, protegida por el derecho objetivo.

Ambos actos, legislativo y jurisdiccional, son medios de elaboración del derecho, con esta diferencia: el acto legislativo tiene por su propia naturaleza un alcance general; por el contrario, el acto jurisdiccional tiene un alcance limitado únicamente a asegurar el respeto del derecho objetivo (la ley) en cada caso concreto, mediante la adaptación de la regla general de derecho a cada caso particular[5].

Pero esto no significa que los órganos encargados de la jurisdicción sean enteramente ajenos a toda elaboración del derecho. Basta recordar: 1o. que, aun en caso de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley, el juez debe decidir el asunto que se le somete, so pena de denegación de justicia (art. 4 del C. Civil), lo que le confiere necesariamente un cierto poder creador de reglas de derecho, limitado al caso ocurrente[6]; 2o., que aun en la hipótesis de que la ley haya previsto y decidido el caso sometido a su consideración, se admite generalmente que, en muchos casos, el juez goza de un amplio poder de apreciación para dar órdenes, imponer multas condenar a reparaciones y restituciones, y para tomar, en general todas las medidas conducentes a la ejecución de su sentencia[7].

(5) Ugo Rocco, Derecho Procesal Civil, 30 y s.; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 13; Kelsen, Teoría general del Estado, 33.

(6) Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 13 y s.; Carré Malberg, Theorie genérale de l'Etat, I, 234 y s.; Gény Methode d'interpretation el sources en drodt privé positif, I, 9.

(7) Carré de Malberg, Theorie génerale de l'Etat, I, 13 y s.; E. H. Perreau, Technique de la jurisprudence en droit privé, IX, 222 y s.

Acto administrativo; acto jurisdiccional. Para diferenciar el acto jurisdiccional del acto administrativo no basta tomar como criterio la calidad del autor del acto, y decir que es jurisdiccional el acto que emana de la autoridad judicial, y que es administrativo el que emana de un agente de la administración, porque, como se ha expuesto, los tribunales tienen a su cargo, concurrentemente con las autoridades administrativas, numerosas atribuciones puramente administrativas.

Tampoco es suficiente para distinguir el acto jurisdiccional del acto administrativo el referirse a la forma que revisten uno y otro, puesto que, como se ha dicho, bajo la forma de sentencias los tribunales **expiden** numerosas actuaciones puramente ***administrativas,*** como son, entre otras, las autorizaciones y homologaciones®'.

La verdadera diferencia entre el acto jurisdiccional y el acto administrativo reside en la naturaleza intrínseca de cada uno, y atañe a la finalidad que respectivamente persiguen. Con el acto jurisdiccional el juez resuelve cuál es la regla de derecho objetivo aplicable a la solución de un caso particular: la solución de la controversia jurídica entre las partes es, pues, en sí misma, el fin de la actividad del juez. En cambio, el acto administrativo tiene como característica esencial la de ser un ***medio*** para obtener un ***fin:*** aunque es también una aplicación de la regla de derecho, con el acto administrativo no se persigue la solución de un conflicto jurídico, sino la organización y el funcionamiento de los servicios públicos(9).

Dos consecuencias principales se deducen de la distinta naturaleza del acto jurisdiccional y del acto administrativo:

la. El acto administrativo es generalmente un acto espontaneo, que surge naturalmente de la propia actividad fun-

es) **Siguiendo uno y otro falso, criterio, los tribunales dominicanos llaman indistintamente sentencias a todos los actos emanados de la autoridad judicial, incluso a los puramente voluntarios o graciosos, que son, evidentemente, actos de administración judicial, pero no actos jurisdiccionales. V. Primer Congreso de Procuradores, II, 85 y s.**

(9) **Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 13; Morel, Traité üímen taire de Procedure Civile, 2a„ Edic., 73; H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Pr \é, I, 470 y s.**

cional de los agentes administrativos[10]; por el contrario, el acto jurisdiccional tiene que ser, por regla general, provocado por la iniciativa de las partes interesadas[11].

2a. El acto jurisdiccional, es decir la sentencia, tiene la autoridad de la cosa juzgada (art. 1351 del C. Civil), y no puede ser revocado o anulado sino mediante y como consecuencia del ejercicio de una vía de recurso; por el contrario, el acto administrativo, aunque emane de un órgano del Poder Judicial y aunque aparezca bajo la forma de una sentencia, no tiene la autoridad de la cosa juzgada, y su nulidad o ilegalidad pueden hacerse valer por vía de acción o de excepción.

SECCION II - LAS DIVERSAS JURISDICCIONES

Jurisdicción judicial; jurisdicción administrativa. En algunos países, como Francia, por ejemplo, la función jurisdiccional del Estado se desdobla en jurisdicción ***judicial*** y jurisdicción ***administrativa.*** La primera reside en los tribunales del orden judicial, y es la de derecho común; la segunda está atribuida a tribunales ***administrativos,*** exclusivamente destinados a conocer de los litigios que puedan suscitarse entre la Administración y los particulares, relativamente a la gestión de los servicios públicos.

Otros países, por el contrario, como Inglaterra y los Estados Unidos de América, desconocen esa dualidad de la jurisdicción, estando a cargo de unas mismas autoridades judiciales la decisión de todos los litigios, incluso los de carácter administrativo[12]. Este era el sistema judicial de la República

(10) Con frecuencia, sin embargo, el acto administrativo tiene que ser provocado por el pedimento de parte interesada. Esto ocurre especialmente con los actos administrativos emanados de los tribunales, o sean los actos de administración judicial, y con muchos de los actos emanados del Poder Ejecutivo, que intervienen solamente a requerimiento de parte interesada, como por ejemplo la naturalización ordinaria de extranjeros.

(11) El art. 440 del C. de Comercio hace excepción a la regla general, al determinar que la quiebra puede ser declarada de oficio.

(12) Morel, Traité elementaire de Procedure Civile, 2a. ed., p. 77; Troncoso de la Concha, Elementos de Derecho Administrativo, 3a ed., 345 y s.; Fleiner; Instituciones de Derecho Administrativo, 16 y s.; Hauriou, Précis de Drolt Administratif, 11a. ed.; 941 y s.

Dominicana hasta que sobrevino la reforma constitucional del 10 de enero de 1942. De acuerdo, en efecto, con nuestro sistema tradicional, mantenido aún por la Constitución de 1934, el Poder Judicial o sea la ***jurisdicción,*** residía solamente conforme al art. 57, en la Suprema Corte de Justicia, las cortes de apelación, los juzgados de primera instancia, las alcaldías comunales y "en los demás tribunales del orden judicial creados por las leyes", lo que parecía excluir la posibilidad de establecer una jurisdicción para lo contencioso-adininistrativo.

Actualmente, conforme a la reforma constitucional de 1942, reproducida en las délos años 1947, 1955, 1962, 1963, y 1966, es indudable que puede ser establecida entre nosotros esa dualidad de la jurisdicción, en razón de que, aunque no se ha variado sustancialmente la fórmula empleada en el art. 57 de la Constitución de 1942, entre las atribuciones del Congreso figura la de crear o suprimir tribunales para conocer y decidir los asuntos contencioso-administrativos y disponer todo lo relativo a su organización y competencia, (art. 37 de la Constitución). En ejecución de esta reforma la L. 1494, del 2 de agosto de 1947, instituye jurisdicciones de lo contencioso administrativo del primer grado y un Tribunal Superior Administrativo, el cual fue luego suprimido, siendo ahora desempeñadas sus funciones por la Cámara de Cuentas.

Jurisdicción civil; jurisdicción penal. La jurisdicción judicial se subdivide en jurisdicción civil, en un sentido amplio que incluye la jurisdicción de los asuntos comerciales, y ***jurisdicción penal o represiva.***

Por medio de la jurisdicción civil el Estado asume la tutela o protección de los intereses privados de los particulares, principalmente con la solución de los litigios entre ellos, mediante decisiones emanadas de los tribunales (jurisdicción contenciosa), pero también con la adopción de medidas protectoras de esos intereses, en ausencia de litigio (jurisdicción llamada voluntaria o graciosa, más exactamente administración judicial).

La jurisdicción penal tiene a su cargo la investigación de

los hechos punibles, el enjuiciamiento de los culpables, y la aplicación de las sanciones correspondientes.

Unidad de la jurisdicción judicial. La jurisdicción civil, en la cual se incluye por extensión el conocimiento délos asuntos comerciales, y la jurisdicción penal, se hallan confiadas casi siempre, simultáneamente, a los mismos tribunales. Esto puede designarse como principio de la unidad de la jurisdicción judicial. El j. de paz, el j. de primera instancia, la c. de apelación, la S. C. de Justicia, tienen atribuciones civiles y comerciales y atribuciones penales o represivas. No ocurre así con el T. de Tierras que tiene solamente jurisdicción en lo civil y en lo penal pero que no conoce de asuntos comerciales.

La unidad de la jurisdicción judicial es una consecuencia de la identidad fundamental de las funciones atribuidas a la jurisdicción civil y a la jurisdicción penal. Ambas se hallan investidascon lamisiónde comprobar la existencia de los hechos del proceso, y de deducir de esa comprobación las consecuencias correspondientes, mediante la pronunciación de una sentencia[13].

Proceso civil; proceso penal. No obstante el principio fundamental de esa unidad de la jurisdicción judicial, existen diferencias importantes entre el proceso civil y el proceso penal, causadas en la propia naturaleza de cada uno. En el proceso civil, en efecto, se debaten principalmente los intereses privados de los litigantes; en el proceso penal, por el contrario, se debaten principalmente cuestiones que atañen al interés social. De aquí, entreoirás, las siguientes consecuencias[14]:

la. En el proceso civil las partes demandante y la demandada pueden, respectivamente, renunciar al ejercicio de la acción o a sus medios de defensa, porque son derechos de su

(13) V. al respecto, Libro V, Tit. II.

(14) Morel, Traité elementaire de Procédure Civil, 2a. éd., 84; Garraud, d'Instruction Criminelle, I, 4.

pertenencia. Por el contrallo, en el proceso penal, puesto que la acción pública pertenece exclusivamente a la sociedad, el ministerio público no puede renunciar directa ni indirectamente a su ejercicio.

2a. En materia civil el juez puede examinar solamente los hechos que las partes le someten en sus pedimentos respectivos; de donde resulta que, al hallarse limitado en sus poderes por el tenor de las conclusiones de las partes, tiene que decidir ***secundum allegata et probata,*** estándole prohibido, en consecuencia, fallar sobre cosas que no se le han pedido ***(extra pe tita),*** ni otorgar más de lo que se le ha pedido ***(ultra petita)***[15]. En el proceso penal no existen esas limitaciones a los poderes del juez: su primordial obligación es el descubrimiento de la verdad por propia iniciativa, sin atender a la actitud que las partes puedan asumir.

3a. En el proceso civil existe un sistema legal que determina en ciertos casos la fuerza de los distintos medios de prueba (confesión, prueba escrita, prueba testimonial, prueba por presunciones); por el contrario, para el proceso penal no existe, relativamente a la prueba de las infracciones, ninguna norma que determine la fuerza respectiva de los medios de prueba, debiendo el juez pronunciarse de acuerdo con su íntima convicción, sea cual sea el resultado de las pruebas producidas en la causa.

SECCION III - LA JURISDICCION VOLUNTARIA O GRACIOSA

Atribuciones que comprende. La jurisdicción contenciosa, o sea la jurisdicción propiamente dicha, tiene por objeto la decisión de las contestaciones relativas a los derechos y obligaciones de los particulares. Es la función normal de los órganos del Poder Judicial.

(15) La regla enunciada en el texto no tiene aplicación en el proceso de saneamiento inmobiliario. De acuerdo con el art. 36 de la Ley de Registro de Tierras, en efecto, el tribunal "fallará a favor de la persona que tenga derecho al te peno o parte del mismo" aunque no haya reclamado.

Además de esas atribuciones propiamente jurisdiccionales, está a cargo de los tribunales el desempeño de otras funciones que interesan también a los derechos y obligaciones de los particulares, pero sin que exista proceso o contestación entre ellos (infra, übro XI). Esas funciones no pueden ser incluidas en el concepto normal de la jurisdicción, puesto que al ejercerlas no se instruye un proceso para juzgar una contestación, sino que se provee a la tutela o protección de ciertos intereses. Son por consiguiente, verdaderas funciones de administración, no de jurisdicción. Sin embargo, la ley[16] y el uso general designan impropiamente estas atribuciones con los nombres de ***jurisdicción voluntaria o jurisdicción graciosa,*** heredadas del derecho romano y del derecho canónico respectivamente[17]. El nombre que mejor les conviene es el de ***administración judicial.***

Esfera propia. La ley no ha deslindado los dominios respectivos de la jurisdicción propiamente dicha y de la jurisdicción voluntaria. La imprecisión de estas nociones en el derecho francés, subsiste aún en el derecho moderno.

La opinión más antigua[18], que cuenta aún con algunos partidarios[19], adopta como criterio distintivo entre la jurisdicción contenciosa y lajurisdicción voluntaria o graciosa la circunstancia de que exista o no exista un procedimiento contradictorio. Es contenciosa la decisión pronunciada después que el adversario ha sido oído, o por lo menos cuando ha sido citado; por el contrario, en los actos de jurisdicción graciosa o voluntaria no hay posibilidad de contestación y debate.

(16) **V. po ej. el Art. 78 de la L. de O. J. re formado por la L. 97 de 1930.**

(17) **Glasson y Tissier, Traité, L 11 y s.; Chiovenda, Principios de Deœcho Procesal Civil, I, 14; bis; Japiot, Traité elementaire de Procédure civile, 2a. éd., 163 y s.; Morel Traité elementaire de Procédure Civile, 2a. éd., 85; H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciairie Privé, Tomo I, 1961, 484.**

(18) **Glasson, Précis de Procechare Civile Co. I, 60; Rousseau y Laisne y, Dictionaire de Procédure, Art. Jugement, 53.**

(19) **V. Répertoire Prati<iue, de Dalloz, Art. Jugements et Arrêts. 4 y s.**

Conforme a una segunda opinión[20], que se considera generalmente más conforme a la naturaleza de las cosas, la jurisdicción es contenciosa en todos los casos en que hay litigio o contestación, real o aparente, entre dos o más personas, y se trata de obtener del juez el reconocimiento de derechos y obligaciones, o medidas en vista de la solución de un proceso, aun cuando ese reconocimiento o esas medidas puedan ser adoptadas sin necesidad de citar a la parte contra quien se piden.

Ciertamente la decisión emanada del juez reviste, tanto en materia contenciosa como en materia voluntaria o graciosa, la forma de una sentencia; pero existe entre una y otra la diferencia fundamental de que los actos de jurisdicción voluntaria no son sino actos administrativos de una categoría especial, aquellos mediante los cuales los órganos del Poder Judicial ejercen, fuera de todo litigio, ciertos poderes de comprobación, de recepción, de control o de tutela, más adelante enumerados [21].

Los actos clasificados como de jurisdicción voluntaria, conviene repetirlo, son una variedad de actos administrativos, que adoptan la forma del acto jurisdiccional, la sentencia,

(20) **Glasson y Tissier, Traité, I, 11; Morel Traite Elémentaire de Procédure Civile, 79; Chiovenda, Principios de derecho procesal civil, I, 11, Japiot, Traite elementaire de procédure civile, 2da. éd., 169, y s. Tal es, asimismo, la tesis adoptada en Francia por la L. del lo. de julio de 1944,**

(21) **La doctrina moderna critica vigorosamente el concepto de los clásicos respecto de la inadmisibilidad de las vías de recurso contra las sentencias dictadas en materia graciosa. Se considera que el obstáculo deducido de que estas sentencias no tienen la autoridad de la cosa juzgada no constituye una razón suficiente para oponerse a la admisibilidad de un recurso.**
No hay relación, afirman, entre el carácter gracioso de una sentencia y la imposibilidad de ejercer contra ésta, una vía de recurso. Si la decisión causa agrado a la parte misma o a un tercero, es indispensable que exista el medio de hacerla censurar. No basta con decir que la ausencia de la cosa juzgada da nacimiento a una acción en retract|aciõñ o en nulidad: ambas vías pueden llegar a ser inoperantes. En el primer caso, ai no son aportados nuevos elementos de información, el juez se pronunciará «obre la validez del acto, pero no sobre su oportunidad o procedencia (v. H. Soíus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, No. 600).
El Art. 543 del Nuevo Código de Pr Civil francés establece como principio que la vía de la apelación está abierta en todas las materias, aún graciosas, contra las sentencias dictadas en primera instancia si no se ha dispuesto otra igial.

pero sin contener la decisión propia del acto jurisdiccional. Se distinguen generalmente tres grupos de actuaciones de jurisdicción graciosa: lo., recepción de ciertos actos; 2o., medidas en interés general; 3o., medidas de protección en favor de los incapaces y ausentes.

Esas atribuciones son confiadas, según los casos, al juzgado de primera instancia, al juzgado de paz, a la corte de apelación. Al T. de T. le están asimismo confiadas numerosas facultadés administrativas, que ameritan una especial mención.

Recepción de ciertos actos. Aquí el juez desempeña una función similar a la del notario público. Ejemplos: la emancipación del menor (C. Civil, art. 477 y s.); la adopción (C. Civil, art. 343 y s.); las adjudicaciones en ciertas ventas (C. de Proc. Civil, 2a. parte, libro II, tít. VI, VII y VIII); la tentativa de conciliación (C. de Proc. Civil, art. 48 y s.), procedimiento que fue suprimido por la ley No. 5119 de 1959, por el que se denomina ***medidas conservatorias facultativas y previas ala demanda.***

Algunos autores han propuesto ampliar el concepto de la jurisdicción voluntaria para comprender en ella las llamadas sentencias convenidas o de expediente y los actos de distribución emanados del juez comisario en el orden amigable (C. de Proc. Civil, art. 749 y s.); pero ha prevalecido la opinión que considiera esos actos como de jurisdicción propiamente dicha®2)

Medidas de interés general. En este segundo grupo entran diversas atribuciones de los tribunales que tienen por objeto la adopción de medidas que propenden a la salvaguardia del interés general, aunque son dictadas frecuentemente para satisfacer un interés particular. Ejemplos: la rectificación de las actas del estado civil (art. 99 del C. Civil, L. del 28 de junio de 1911, art. 855 y s. del C. de Pr. Civil, art. 88 y s. de la L, 659 de 1944); el envío en posesión de un sucesor irregu-

(22) Glaason y Tissier, I, 11; Japiot, nota de Si»y y Pandeóte» franc., 1920, 1 177.

-i lar (C. Civil, art. 770); el envío en posesión de un legatario universal (C. Civü, art. 1008).

Protección de los incapaces y **ausentes.** En esta categoría de actos judiciales no jurisdiccionales entran: la presidencia de los consejos de familia de los menores y los interdictos (C. Civil, art. 405 y s., 494 y s.); las medidas que pueden ser adoptadas en interés **de** los ausentes (C. Civil, art. 112 y s., C. de Pr. Civü, art. 859 y s.).

Jurisdicción voluntaria del Tribunal de Tierras. En esta materia **el T.** de T. tiene diversas ***facultades administrativas.*** Algunas **son** anteriores **al** proceso de saneamiento; otras son concomitantes con el saneamiento; otras son posteriores al registro[23].

1. La más importante de las operaciones administrativas anteriores al proceso de saneamiento es la ***resolución de concesión de prioridad*** para el establecimiento y adjudicación de títulos. Esta resolución puede ser adoptada o a requerimiento del Estado (art. 44 de la L. de R. T.), o a requerimiento de un particular interesado (art. 45 y s. de la L. de R. de T.). En el primer caso la resolución manda que el Director General de Mensuras Catastrales ordene que se haga la mensura catastral de los terrenos de que se trata; en el segundo caso, la resolución autoriza que se practique la mensura catastral por el agrimensor con quien la contrató el interesado bajo la vigilancia e inspección del Director General de Mensuras Catastrales. En el uno y el otro caso, una vez terminada la mensura de los terrenos objeto de la resolución, el Abogado del Estado apodera al T. de T. del proceso de saneamiento, por medio del acto llamado requerimiento de saneamiento (art. 61 de la L. de R. deT.).

2a. El proceso **de** saneamiento **se** termina con una decisión final del **T.** S. de **T.,** en que se declara quiénes son los titulares de los derechos e intereses existentes sobre los terre-

(23) M. de J. Troncoso de la Concha, Elementos de Derecho Administrativo 3a. ed. 358 y s.

nos objeto del saneamiento, y ordena el registro de esos derechos e intereses en favor de sus titulares. En ejecución de esa sentencia el Secretario del T. de T. prepara un decreto de registro, en que consta cada derecho o interés cuyo registro ha sido ordenado, el cual es ***transcrito por el registrador de títulos*** en una hoja del libro-registro. Esta última formalidad constituye el registro de los derechos o intereses, y se llama expedición del ***certificado de título.*** Esa hoja del libro-registro constituye ***el certificado original de título;*** copias exactamente iguales al original son entregadas a cada interesado (propietario, usufructuario, acreedor hipotecario, etc.), y constituyen cada uno un certificado ***duplicado de título*** (de propietario, de usufructuario, de acreedor hipotecario, etc.). De ahora en adelante el inmueble, ya registrado, deja de encontrarse bajo las disposiciones del C. Civil y las leyes que lo complementan en cuanto respecta al nacimiento, la modificación o extinción de los derechos que le afectan. Pero, mientras tanto el registro se consuma, el inmueble ha permanecido bajo las disposiciones legales anteriores; los derechos que le atañen son ***publicados*** en la conservaduría de hipotecas correspondiente, por medio de la ***transcripción*** si se trata de derecho de propiedad, servidumbre, arrendamiento por más de cuatro años, etc., o por medio de la ***inscripción*** si se trata de privilegios o hipotecas. Para que todos los derechos que hayan podido afectar al inmueble en curso de saneamiento, o simplemente saneado, puedan figurar en el certificado de título, incumbe al T. S. de T. la facultad administrativa de dictar, en cada caso, una ***resolución*** en la cual haga constar la operación jurídica de que se trata (transferencia, hipoteca, etc.), a fin de que el resultado de esa operación pueda incorporarse al correspondiente certificado de título (art. 266 de la L. deR. deT.).

3. Después de efectuado el registro, esto es, a partir del momento en que el registrador de títulos ha expedido el certificado de título, el T. de T. ejerce, en primer término, todas las facultades administrativas indicadas en el art. 160 de la L. de R. de T., que consisten en resolver, a pedimento del regis-

trador de títulos o de parte interesada, las dificultades que puedan presentarse con motivo de las operaciones del registro. Otros casos especíales de facultades administrativas delT. de T. son, por ejemplo: el de determinar, por medio de una resolución, cuáles son los derechos de cada uno de los herederos y sucesores del dueño de un derecho registrado, a fin de que el registrador de títulos cancele el certificado de título de la persona fallecida y expida un nuevo certificado en favor de esos herederos y sucesores (art. 214 y s. de la L. de R. deT.); el de aprobar la partición amigable hecha por las partes interesadas respecto de un derecho registrado (art. 214 y s. de la L. de R. de T.).

CAPITULO II- HISTORIA DE LA ORG. JUDICIAL

Período colonial. En este período no existe la separación de los poderes, ni siquieracomotendenciaa diferenciar las funciones jurisdiccionales de las atribuciones políticas y administrativas de los distintos funcionarios gubernamentales.

Los principales órganos en que residía la administración de la justicia eran[24]: los alcaldes ordinarios, establecidos en todos los pueblos, investidos de competencia limitada para conocer de ciertos asuntos de menor cuantía; los alcaldes mayores, jueces letrados, establecidos en las localidades más importantes, a quienes estaba atribuida la jurisdicción civil ordinaria; la Real Audiencia, tribunal superior con variadas funciones judiciales, administrativas y políticas, que es en la colonia el órgano dirigente de mayor importancia[25]; el Con-

(24) Recopilación de Leyes de las Indias, especialmente: ley 2, título 15, II; ley 2, título I, libro III; ley 1, título 10, libro V; Ricardo Levene, Introducción a la Historia del Derecho Indiano, 121 y s.; Javier Malagón Barceló, Teoría General del Derecho Procesal en las leyes de Indias, 15 y s,; el mismo. El Distrito déla Audiencia de Santo Domingo, 2 y s.; ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA, art. alcaldes, audiencias; Escriche, DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, art. alcalde, audiencia; Manuel Josef de Ayala, DICCIONARIO DE GOBIERNO Y LEGISLACION DE INDIAS, art. alcaldes audiencias.

(25) Ley 2, título 15, libro II de la Recopilación de leyes de las Indias: "Mandamos que en la ciudad de Santo Domingo de la Isla Española, resida nuestra audiencia y chancillería real, como está fondada, como un presidente, que sea gobernador y capitán general; cuatro oidores, que también sean alcaldes del crimen, un fiscal, un alguacil mayor, y un teniente de gran chanciller, y los demás ministros y oficiales necesarios. . ."

sejo Supremo de Indias, radicado en Madrid, con autoridad final y plena en todos los asuntos relativos a las colonias. Este régimen fue mantenido en sus líneas generales por el régimen surgido al entrar en vigor la Constitución de 1812 en la provincia de Santo Domingo.

República de 1821. Al ser proclamada la independencia de la parte española de la Isla, como resultado del movimiento político iniciado el 30 de noviembre de 1821, fué promulgada el 1o. de diciembre siguiente, como parte integrante del acta constitutiva del Estado, la primera carta constitucional que tuvo el pueblo dominicano con el nombre de ***Reglamento Provisional*** para el régimen de la nueva república[26]

Este acto contiene las siguientes disposiciones relativas a la función jurisdiccional del Estado:

1a. Confiere a los jueces y tribunales la potestad exclusiva de administrar justicia en lo civil y en lo criminal, como una consecuencia del principio de la separación de los poderes (art. 7). Es la principal innovación de la Carta de 1821, con respecto al régimen de la colonia, tal como existió antes de que fuera establecida la provincia de Santo Domingo bajo las disposiciones de la Constitución española de 1812.

2a. Instituye como órganos del Poder Judicial: los alcaldes ordinarios (art. 20); los alcaldes mayores, jueces letrados (art. 22); la Corte Superior de Justicia, con funciones de tribunal de apelaciones (art. 25). Con excepción de la Corte Superior de Justicia, los demás órganos jurisdiccionales son casi idénticos a los similares del período colonial.

República de **1844.** La Constitución del **6** de noviembre de 1844, art. 131 a 139, y la Ley orgánica de los tribunales del 10 de junio de 1845, establecieron los siguientes órganos del Poder Judicial:

1o. La Suprema Corte de Justicia, en quien reside la

(26) Reproducido en El Estado independiente de Haití Español, por G. A. Mejía 137 y s.

primera magistratura judicial, compuesta de un Presidente y tres vocales, elegidos por el Consejo Conservador, ante la cual ejerce las funciones de ministerio público un agente nombrado por el Poder Ejecutivo.

2o. Un Tribunal de Apelación para toda la República[27], compuesto de cinco miembros y tres suplentes, elegidos por el Consejo Conservador, y un agente del Poder Ejecutivo con funciones de ministerio público.

3 o. Justicias mayores en cada provincia, compuestas de cinco miembros y tres suplentes, nombrados en la misma forma que los miembros del Tribunal de Apelación, ante cada una de las cuales actúa un procurador fiscal.

4o. Alcaldes constitucionales en cada una de las comunes.

La jurisdicción de esos distintos órganos era nacional para la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de Apelación, provincial para las justicias mayores, comunal para los alcaldes constitucionales.

La Ley orgánica para los tribunales del 13 de junio de 1848 mantuvo la anterior organización en sus líneas generales; pero elevó a dos el número de tribunales de apelación, que mandó establecer en Santo Domingo y Santiago (art. 83).

La Ley del 5 de abril de 1852 estableció dos tribunales o consulados de comercio, en Santo Domingo y Puerto Plata, respectivamente.

La reforma constitucional votada el 27 de febrero de 1854 atribuyó el ejercicio del Poder Judicial a los siguientes tribunales; la Suprema Corte de Justicia, tribunales de primera instancia, tribunales de comercio y alcaldes comunales (art. 98 a 103).

La Ley de Organización Judicial del 24 de mayo de 1857 determinó que los tribunales de primera instancia se **compondrán de un presidente, cuatro** jueces, un fiscal y cuatro suplentes (art. 19).

(27) Así lo dispuso el art. 4 de la Ley orgánica para los tribunales de 1845; pero el art. 136 de la Constitución de 1844 había mandado que hubiera un tribunal de apelación en cada distrito judicial.

Reincorporación a España. Al ocurrir en el año 1861 la caída de la República con motivo de la reincorporación a España, sobrevinieron los necesarios cambios en la legislación en general, y particularmente en lo que respecta a la organización judicial, que fué reemplazada por la organización existente en esa época en las demás dependencias españolas de ultramar.

De acuerdo con lo dispuesto en un D. del 7 de octubre de 1861 se determinó la creación e instalación de una Real Audiencia, con asiento en la Ciudad de Santo Domingo, con las mismas facultades y atribuciones que las audiencias de las demás provincias de ultramar, compuesta por un Regente, cuatro magistrados, un Fiscal, un Teniente Fiscal, un Secretario y demás subalternos. Se crearon, además, las plazas de alcaldes mayores y promotores fiscales.

Otro decreto de la misma fecha autorizó la creación de un tribunal de comercio.

Período de 1865 a **1908,** Tan-pronto como cesó el régimen colonial fueron repuestas en vigor,'en virtud de los Decretos de fechas 6 y 7 dé'agos'fode 1865, la Constitución del 27 de febrero de 1854 y Ta Ley Orgánica para los tribunales del 19 de mayo de 1855, y confiado nuevamente el ejercicio del Poder Judicial a una Suprema Corte de Justicia, tribunales de primera instancia y de comercio y alcaldes comunales.

La organización judicial vigente durante el período comprendido entre 1865 y 1908 se caracteriza primordialmente, al igual que el régimen implantado en 1854, por la ausencia de órganos intermediarios entre los tribunales de primera instancia y la Suprema Corte de Justicia. Esta era un tribunal de apelación para toda la República.

En cambio hubo variaciones en lo que respecta a la organización de los tribunales de primera instancia, que estuvieron integrados por un presidente y dos jueces en virtud del D. del 7 de agosto de 186 5,**y'fueron transformados en** unipersonales por el Reglamento Orgánico Judicial del 31 de octubre de 1866, para retornar más tarde a funcionar como tribunales colegiados, con tres, cuatro o cinco jueces, de acuerdo con las

diversas leyes orgánicas del Poder Judicial posteriormente votadas.

La actual unipersonalidad del juzgado de primera instancia parte del D. de 7 de mayo de 1904.

Los art. 68, 69 y 70 de la Constitución del 22 de febrero de 1908, al tratar de los juzgados de primera instancia, no determinaron cómo debían estar constituidos, abandonando por lo tanto al legislador el cuidado de organizarlos como tribunales colegiados o como juzgados unipersonales. Fue esta última solución la que adoptó la L. de O. J. del 2 de junio de 1908.

Por otra parte, desde la promulgación de la Ley Orgánica para los tribunales del 11 de agosto de 1875 habían desaparecido los tribunales de comercio, y sus atribuciones fueron confiadas a los juzgados de primera instancia.

Epoca posterior aJ^fJíf^í^fo?^ fundamental introducida por la Constk^^í "áeSíeüN ;ro de 1908 es el establecimiento de/fls^C&rtfcs de apefaqiprí^ ¿ompetentes para conocer de las apéfa^fonís senteocia^ dictadas por los juzgados de pamjra insragpí^fe ahora ¡jín adelante la Suprema Corte funcipn«rá corrfD uorte de Casación para conoce«,®^ los casaí/ió» interpuestos contra las sentenciaren último recurso diqiadáís por las cortes de apelación y los de»|Wribunales del ^deH judicial. Excepcionalmente, dispusoei^^bDp&iwáíW^pá' como tribunal de apelación para conocer de l5s~ra«s3Scuyo conocimiento en primer grado corresponde a las cortes de apelación.

La Ley de Organización Judicial y de Procedimiento de Casación del 2 de junio de 1908 puso en práctica las disposiciones básicas de la Constitución de 1908, reglamentando al efecto, en los art. 31 y s., el funcionamiento de las alcaldías, los juzgados de primera instancia, las cortes de apelación, y estableciendo, en los art. 12 y s., el procedimiento a seguir ante la Suprema Corte de Justicia en sus atribuciones de Corte de Casación.

El procedimiento del recurso en casación establecido por la Ley de 1908 resultó imperfecto y deficiente. De ahí

que el 12 de abril de 1911 se promulgara una ley destinada exclusivamente a regular el recurso **de** casación, inspirada más exactamente que la anterior de 1908 en la legislación francesa relativa a esavía extraordinaria de recurso. El procedimiento de la casación está regido ahora por la L. 3726 de 1953. La parte de la L. de 1908, que permaneció vigente después de promulgada la L. de 1911 sobre la casación, fue a su vez sustituida por la actual **L.** 821 de Organización Judicial, **del** 21 de noviembre de 1927, y ésta reformada por la L. 962, del 28 de mayo de 1928, y por numerosas disposiciones posteriores.

CAPITULO III—ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES

SECCION I- DIVERSOS ORDENES DE TRIBUNALES

Tribunales **de derecho común; de** excepción. Los tribunales se agrupan en dos categorías fundamentales: ***tribunales de derecho común,*** que son el juzgado de primera instancia y la corte de apelación, y ***tribunales de excepción o extraordinarios,*** que son el juzgado de paz, nombre que tiene ahora la alcaldía en virtud de la reforma constitucional de 1947, el Tribunal de Tierras y el Tribunal de Confiscaciones, creado por la Ley No. 5924 de 1962, cuyas funciones corresponden actualmente a la Corte de Apelación de Santo Domingo, de acuerdo con la L. 285 de 1964.

Los Tribunales de excepción no pueden conocer sino limitativamente de los asuntos que de un modo expreso les atribuye la ley; por el contrario, los tribunales de derecho común tienen competencia para conocer de todo asunto no atribuido expresamente a un tribunal de excepción.

La S. C. de Justicia ocupa una situación especial y no puede ser incluida en ninguna de esas categorías.

Repartición Territorial. A fin de poner la justicia, lo más que sea posible, al alcance de los justiciables, los j. de paz, los j. de primera instancia y las c. de apelación se encuentran repartidos en circunscripciones territoriales del siguiente modo:

Uno o más j. de paz son establecidos en cada municipio (Art. 52 de la L. de O. **J.** mod. por la **L.** 25 de 1930, 2416 de

1950, 494 de 1944, 980 de 1945, 313 de 1968, 1626 de 1948).

Un J. de Primera Instancia es establecido en cada Distrito Judicial, es decir en cada provincia y en el Distrito Nacional. LosJ. de Primera Instancia del Distrito Nacional, Santiago, La Vega, Duarte, Puerto Plata, Barahona, San Juan de la Maguana, San Cristóbal, El Seybo, San Pedro de Macorís, La Romana, Valverde, Espaillat y Monte Cristy están divididos en cámaras para conocer, respectivamente, de los asuntos civiles y comerciales, de trabajo y de los asuntos penales (Art. 43 de la L. de O. J. mod. por las L. 266 de 1971, 750 de 1977, y 248 de 1981).

Nueve C. de Apelación, que están radicadas respectivamente (Art. 32 de la L. de O. J. mod. por la L. 255 de 1981): Dos en Santo Domingo para el Distrito Nacional; una en Santiago para los Distritos Judiciales de Santiago, Puerto Plata y Valverde; una en La Vega, para los Distritos Judiciales de La Vega, Espaillat, y Sánchez Ramírez; una en San Francisco de Macorís, para los Distritos Judiciales de Duarte, Salcedo, María Trinidad Sánchez y Samaná; una en San Pedro de Macorís, para los Distritos Judiciales de San Pedro de Macorís, El Seybo, La Romana y La Altagracia; una en San Cristóbal, para los Distritos Judiciales de San Cristóbal, Peravia, Azua y Monte Plata; una en Barahona, para los Distritos Judiciales de Barahona, Independencia, Bahoruco y Pedernales; y una en Monte Cristy, para los Distritos Judiciales de Monte Cristy, Dajabón, y Santiago Rodríguez.

Se designa como departamento el distrito o conjunto de distritos judiciales comprendidos en la jurisdicción de una corte de apelación.

Tribunal de Tierras.[28] El **T.** de **T.** tiene una organización peculiarmente distinta de la de los demás tribunales. Su jurisdicción es nacional, tanto en primera instancia como en

(28) Hay una cierta analogía entre la organización del Tribunal de Tierras y la del Consejo de Estado de Francia. V., sobre este último, Hatriou, Precis de Droit Administratif, lia. ed., 975.

revisión y apelación (art. 13 y s. de la ***L. de R. de T.).*** Es una corporación única: sus jueces no son más que órganos de esa corporación. De ahí que, ni aun los jueces residentes, establecidos en San Cristóbal, Santiago, La Vega, San Juan de la Maguana, San Francisco de Macorís y San Pedro de Macorís, tengan jurisdicción propia en determinado territorio. Es el Presidente quien, en cada caso, atribuye jurisdicción al juez a quien confía un expediente de saneamiento, o de otro asunto, el cual celebrará audiencia en el lugar que se crea conveniente.

Necesidad de un Tribunal de Tierras. Los asuntos de la competencia del T. de T. son de igual naturaleza que los asuntos civiles de que conocen los tribunales de derecho común. El saneamiento inmobiliario no es otra cosa que un complejo principalmente de acciones reales inmobiliarias[29] sobre las cuales hay que decidir por medio de una o varias sentencias finales, que estatuyen acerca de la existencia de todo derecho o interés en la tierra. Se trata, sin embargo, de un procedimiento judicial que difiere en varios aspectos fundamentales del que se sigue en las otras jurisdicciones, especialmente en que es un procedimiento ***in rem,*** impulsado y dirigido, no por las partes, sino por el tribunal, y en que las sentencias emanadas del T. de T. tienen efectos ***erga omnes,*** no meramente respecto de las partes en causa.

Esas diferencias no constituyen obstáculos insuperables para que se hubiera podido atribuir el proceso de saneamiento a la competencia de los tribunales ordinarios[30]. Hubo en

(29) Los derechos registrables o sea que son objeto de las reclamaciones de que conoce el T. de T., son los derechos reales inmobiliarios, y el de arrendamiento, que es un derecho personal.

(30) En las Islas Filipinas, por ejemplo, la Court of Land Registration, establecida por la Ley sobre registro de tierras del 6 de noviembre de 1902, como tribunal especial para decidir acerca del registro inmobiliario, fue suprimida en 1912, y sus atribuciones quedaron transferidas al tribunal ordinario de primera instancia, (v. Richard R. Powell, registration of the title* to land in the State of New York, 254). Entre nosotros se inició una reforma de alcance más general, que tendía no solamente a la supresión del T. de T., sino también a la derogación del sistema Torrens, cuando el P. E. sometió al Congreso, el 26 de junio de 1933 (Boletín del Senado No. 94, p. 37), un proyecto de ley, abandonado poco después, para derogar la L. de R. de T., surpimir el T. de T., y devolver en consecuencia a los tribunales ordinarios el conocimiento de los asuntos que aquella ley había confiado al T. de T.

1920, sin embargo, tres principales razones de aparente oportunidad para confiarlo a una jurisdicción especial. La primera, indicada en el penúltimo párrafo del preámbulo de la L. de R. de T. de 1920, es que estando los tribunales ordinarios sobrecargados de trabajo, con asuntos criminales y civiles, se hacia sentir la necesidad de un tribunal especial que se ocupara exclusivamente en solucionar el problema de los títulos de propiedad, a fin de que esto se resolviera de un modo satisfactorio. La segunda, complemento de la anterior, fue que los jueces de este tribunal, al concretarse a la consideración y resolución de este asunto, pueden adquirir experiencia en el manejo de los principios y en la solución de los problemas que afectan particularmente al derecho inmobiliario, no solamente como consecuencia del examen rutinario de los casos judiciales que se les presentan, sino también por el estudio sistemático de esta rama del derecho, especialidad que ellos están en condiciones y se hallan en el deber de cultivar con mejores perspectivas que los demás jueces. Esos jueces, en efecto, pueden y tienen que dedicar todo su tiempo a esta clase de trabajos, en su doble aspecto práctico y teórico[31]. La tercera razón que se invocó fue que, por motivo de la unidad fundamental del T. de T., en el cual los tribunales de primera instancia no son más que formaciones o delegados de un único y mismo tribunal, cuyas decisiones son meros proyectos, sujetas a revisión de oficio por el T. S. de T., el proceso de saneamiento **se resuelve en un conjunto** de decisiones , uniformes, hasta donde es posible. Se ha invocado también la ventaja que resulta de la vigilancia, directa o indirecta, que el T. de T. ejerce sobre los departamentos y las personas que intervienen en la aplicación de la L. de R. de T., antes o después del saneamiento: agrimensores, Dirección General de Mensuras Catastrales, registradores de títulos. Se ha sostenido que esas ventajas no podrían obtenerse, en lo que respecta al saneamiento, si fuera atribuido a los tribunales ordinarios, porque la actuación de **éstos** carecería forzosamente de unidad por

(31) Sobre esas dos primeras razones v. W, C. Niblaek, Analysis of the Toriens System, 28.

ser independientes unos de otros y tener jurisdicciones territoriales propias, tanto en los juzgados de primera instancia como en las cortes de apelación. Por esa razón se ha decidido que los tribunales ordinarios no se hallan en tan favorables condiciones de uniformar su jurisprudencia. Por otra parte, se ha sostenido que esos tribunales no están en situación de vigilar los procedimientos de carácter técnico, especialmente la mensura, que anteceden al saneamiento.

Esos argumentos no pueden ser invocados para el caso de litigio sobrevenido después del primer registro de los derechos e intereses que afectan los terrenos saneados, el cual interviene en ejecución de la sentencia final dictada por el T. S. de T. A partir de entonces puede sin inconveniente alguno atribuirse competencia a los tribunales de derecho común para conocer de esas controversias. No obstante esas razones el art. 7 de la L. de R. deT., ref. por la L. 1860 de 1948, atribuye al **T.** de **T.** el conocimiento de las litis sobre inmuebles registrados.

Tribunal de Confiscaciones. De acuerdo con los arts. 5 al 10 de la L. 5924 de 1962, este tribunal es de excepción. Sus atribuciones son las que expresamente le atribuye la ley indicada. Tiene jurisdicción nacional.

Suprema Corte de Justicia. Conforme lo dispone el art. 64 de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia tiene, como se ha visto, un carácter especial, y su jurisdicción es nacional.

SECCION II—LOS GRADOS DE JURISDICCION

El doble grado de jurisdicción. En regla general existe para las partes el derecho de apelar contra la decisión pronunciada por un tribunal cualquiera, llevando sus demandas y pretensiones ante otro tribunal más elevado. De ahí que los tribunales se hallen dispuestos en pares, uno para el primer grado, otro para el segundo grado de jurisdicción: el juzgado de primera instancia conoce de las apelaciones contra las senten-

cias del juzgado de paz; la corte de apelación conoce de las apelaciones contra las sentencias del juzgado de primera instancia; el Tribunal Superior de Tierras conoce de las apelacione contra las **sentencias del tribunal de jurisdicción original.**

En los casos excepcionales en que la corte de apelación conoce de un proceso en primera instancia, el recurso de apelación es llevado ante la Suprema Corte de Justicia.

El principio del doble grado de jurisdicción, o del doble examen, es de orden público, y por consiguiente su violación puede proponerse por primera vez en casación ("Casación, 9 de diciembre de 1918, B. J. 104, p. 4); pero no es de orden constitucional. De aquí resulta que la ley puede mandar, en ciertos casos, que el asunto no recorra los dos grados de jurisdicción (Casación, 9 de marzo de 1925, B. J. 176, p. 9; v. también Casación, 25 de junio de 1936, B. J. 311, p. 310).

En virtud del principio del doble grado de jurisdicción la apelación es de derecho, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario.

Excepciones al principio. En algunos procesos la ley suprime la facultad de apelar, o sea el segundo grado de jurisdicción, fundándose en diversas consideraciones de oportunidad. Se dice entonces que el asunto es decidido por el tribunal apoderado en primera y última instancia, o en instancia única.

1 o. Con el fin de evitar que las partes incurran en desembolsos desproporcionados a la importancia del asunto, la ley determina, a veces, que no es permitido apelar si el valor del litigio es inferior a cierta suma (art. 1 del C. de Pr. Civil, 45-1 déla L. de O. J.).

2o. La facultad de apelación es asimismo suprimida en algunos litigios a causa de que ese recurso complicaría excesivamente el procedimiento; esto ocurre, por ejemplo, en algunos incidentes del embargo inmobiliario y en el procedimiento de orden (art. 703 y 730, mod. por la L. 764 de 1944, 756 y 761 delC. de Pr. Civil).

Sin embargo, aunque la sentencia se refiera a uno de esos asuntos que deben ser decididos en instancia única, la

apelación es recibióle cuando se motive en. la incompetencia del tribunal (art. 454)[32]

3 o. En el procedimiento especial seguido de acuerdo con la L. 5924 de 1962, sobre Confiscación General de Bienes, las sentencias dictadas por el Tribunal de Confiscaciones, no son susceptibles del recurso de apelación (art. 22).

Inversamente, en los siguientes casos la ley suprime el primer grado de jurisdicción, permitiendo que un asunto sea conocido en instancia única por una jurisdicción del segundo grado.

lo. Las ***demandas nuevas*** son permitidas en apelación en las circunstancias previstas por el art. 464.

2o. Los jueces del segundo grado pueden conocer por primera vez del fondo del proceso en las hipótesis previstas por el art. 473, lo que se llama facultad de *avocación.*

3o. Las demandas en designación de jueces (art. 363 y s.), y las demandas en responsabilidad civil contra los jueces de las cortes de apelación, son conocidas en única instancia por la S. C. de **J.** (art. 164 de la L. de O. **J.)**

SECCION III—SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Como órgano dirigente. Este tribunal se halla colocado a la cabeza de todos los demás, y, sin derogación del principio fundamental de la independencia de los tribunales, consagrado por el art. 10 de la L. de O. **J.,** la S. C. de **J.** tiene, de acuerdo con el art. 67 de la Constitución; y 29 de la L. de O. **J.** mod. por la L. 294 de 1940, las siguientes atribuciones:

1 a. Vigilar el funcionamiento de los tribunales, y ejercer por consiguiente la más alta autoridad disciplinaria sobre todos los miembros del poder judicial pudiendo imponer hasta la suspensión o la destitución;

2a. Determinar el procedimiento que deberá observarse

(32) En los diversos aspectos relativos al recurso de apelación motivado en la incompetencia. deben tenerse en cuenta las nuevas disposiciones de la L. 834 de 1978, en lo que atañe a los recursos de Apelación^ impugnación (art. 3 a 27).

en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario;

3a. "Trasladar provisional o definitivamente de una jurisdicción a otra, cuando lo juzgue útil los jueces de las Cortes de Apelación, los Jueces de Primera Instancia, los Jueces de Jurisdicción Original del Tribunal de Tierras, los Jueces de Instrucción, los Jueces de Paz y los demás jueces de los Tribunales que fueren creados por la ley".

Como Corte de Casación. El art. 67-2 de la Constitución atribuye a la Suprema Corte de Justicia la función de conocer de los recursos de casación.

En el ejercicio de esas funciones la Suprema Corte de Justicia decide, según lo dispone el art. lo. de la L. sobre Pr. de Casación, "si la ley ha sido bien o mal aplicada en los fallos en última o en única instancia pronunciados por los tribunales del orden judicial, no solamente a requerimiento de los particulares interesados, sino también, en ciertos casos, por recursos del ministerio público (art. 4), y del Procurador General de la República en caso de que no lo ejerzan las partes en causa (art. 63)",

Por otra parte, de acuerdo con el art. 2 de la misma ley, "las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia ijiacional".

La atribución a la S. C. de J. de esas dos importantes funciones (la de conocer de los recursos de casación y la de uniformar la jurisprudencia) tiene una influencia decisiva en la organización judicial.

Al ejercer su función de casar, es decir, anular las decisiones en última instancia dictadas en violación de la ley, la Suprema Corte se encuentra en condiciones de contribuir eficazmente a mantener incólumes los principios de la ***unidad-de ¡a legislación y de la igualdad de todos ante la ley,*** esenciales en todo régimen de gobierno democrático. Como "guar-

ías) Glasson y Tlssier, Traité, I, 109 Morel, Traité elementaire de Procedure Civile, 2a., ed., 109; G. Marty Etude de Droit comparé sur Punification de la

diana de la ley"[13] debe cuidar porque en todas las jurisdicciones se consagre una interpretación imparcial, homogénea y congruente de la ley.

Dada la irremediable insuficiencia de la ley para resolver todos los casos ocurrentes, y la consiguiente necesidad de interpretarla y suplir sus inevitables imprevisiones y lagunas, es indispensable que exista la ***unidad de la legislación,*** a fin de evitar las interpretaciones divergentes y contradictorias que a la ley darían los distintos tribunales, eventualidad altamente nociva para el bienestar general y para la estabilidad de las relaciones jurídicas y económicas.

No estando sujetos sus fallos a crítica ni enmienda por ningún otro órgano del Estado, la Suprema Corte tiene, pues, la última palabra en materia de interpretación de las normas jurídicas, tanto legislativas como consuetudinarias, de donde resulta, conforme lo enuncia el texto de la ley antes citado, que sus decisiones ***establecen y mantienen la unidad*** de la jurisprudencia.

Sanción al exceso de poder. Una de las más graves violaciones a la ley es el ***exceso de poder,*** en que podría incurrir el juez cuando, desconociendo el principio de la separación de los poderes, se situara fuera del ámbito de acción propio de su autoridad como órgano jurisdiccional, y expidiera un acto que la ley no le autoriza a hacer.

Para reprimir esa violación de los principios fundamentales de la organización judicial, el Procurador General de la República puede ejercer un recurso en casación contra toda sentencia viciada de exceso de poder, antes de que venzan los plazos de que disponen las partes interesadas para impugnarlas, o dentro del año que siga a su pronunciación (art. 64 de la L. sobre Pr. de casación).

Naturaleza de Casación. No solamente cuando es ejercido por el Procurador General de la República, en interés de la ley o por exceso de poder, sino también cuando es ejercido

jurisprudence par Je tribunal smpreme, en INTRODUCTION A L'ETUDE DU DROIT COMPARE (recueil d'etudes de llionneur de E. Lambert), 1J p.

por las partes en causa, el recurso de casación tiene como finalidad el mantenimiento del respeto a la ley. Es de un modo indirecto solamente como el recurso de casación asegura la protección de los intereses privados. Se expresa tradicionalmente esta idea diciendo que la casación no es una tercera instancia o un tercer grado de jurisdicción[34], sino una jurisdicción de naturaleza especial, destinada a juzgar, no los litigios, sino las sentencias dictadas acerca de ellos. La casación tiende, pues, a salvaguardar la legalidad. ***Nomofilaquia*** es llamada esta finalidad del recurso de casación. De este principio general se derivan tres consecuencias:

1a. La Suprema Corte de Justicia en funciones de Corte de Casación "no conoce del fondo del asunto" (art. 1o. de la L. sobre procedimiento de casación); debe considerar como definitivamente establecidos los hechos de la causa, según resultan de su enunciación en la sentencia impugnada. Su misión se limita, pues, a decidir si, sobre el fundamento de los hechos soberanamente comprobados por la sentencia impugnada, el juez que la dictó ha interpretado correctamente la ley. En otros términos: al juez del fondo corresponde establecer la existencia de los hechos; a la Suprema Corte incumbe la decisión final sobre el derecho.

2a. Cuando la Suprema Corte case un fallo "enviará el asunto a otro tribunal del mismo grado o categoría que aquél de donde proceda la sentencia que sea objeto del recurso" (art. 20 de la L. sobre procedimiento de casación), sin conocer del fondo del proceso.

3a. Como la Suprema Corte no conoce del fondo de los asuntos, y debe juzgar únicamente acerca de la legalidad de la sentencia impugnada dentro de los límites en que el asunto que fue conocido por los jueces del fondo, está prohibido a las partes alegar en casación ***medios nuevos,*** y mucho menos intentar ***demandas nuevas,*** esto es, medios o demandas no

(34) Paye, Le Cour de Cassation, intr. p. 12; Calamandrei, La Casación Civil, trad. de S. Santis Melendo; Chiovenda Principios de Derecho Procesal Civil, I, 20; G. Marty, estudio antes citado.

presentados ante el tribunal que dictó la sentencia atacada con el recurso de casación.

La S. Corte es un órgano jurisdiccional. Es evidente que **las** funciones de la Suprema Corte, como Corte de Casación, tienen, como acaba de expresarse, un cierto carácter político y constitucional ***(nomofilaquia),*** en cuanto tienden a mantener la unidad legislativa y el principio de la separación; pero al mismo tiempo es innegable que esas y las demás atribuciones de la Suprema Corte son primordialmente las de un órgano jurisdiccional, que actúa de conformidad con las reglas generales de la organización judicial. De ahí las siguientes consecuencias:

1a. La Suprema Corte no se apodera de oficio de los recursos de casación, sino solamente por iniciativa de las partes interesadas, o del Procurador General de la República cuando interpone el recurso en interés de la ley, lo que puede hacer únicamente si las partes interesadas no lo intentan en tiempo oportuno, salvo el caso de recurso por exceso de poder, antes mencionado. El recurso en interés de la ley no aprovecha a las partes que figuraron en la sentencia impugnada (art. 63 de la L. sobre procedimiento de casación).

2a. El efecto de las sentencias de la Suprema Corte en funciones de Corte de Casación es puramente relativo, limitado por consiguiente al proceso sobre el cual ella decide. Sus sentencias, lo mismo que las de los demás tribunales, no pueden ser dictadas por vía de disposición general y reglamentaria (art. 5 del C. Civil).

3a. La Suprema Corte de Justicia no es un órgano consultivo, y por lo tanto no puede emitir opiniones acerca de la interpretación de la ley. En el caso previsto en el art. 29 de la L. de O. J., mod. por la L. 294 de 1940, que le confiere la facultad de "determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario", la resolución adoptada por la Suprema Corte no es una opinión en abstracto, sino un mandato espe-

cial para el caso que le es sometido.

Cómo prevalece su opinión. Consecuente con el principio de que la Suprema Corte no es un tercer grado de jurisdicción, a la cual no corresponde por lo tanto conocer del fondo de los asuntos, el art. 20 de la L. sobre procedimiento de casación determina que, al casar un fallo, la Suprema Corte "enviará el asunto a otro tribunal del mismo grado o categoría que aquél de donde proceda la sentencia que sea objeto del recurso".

Este tribunal de envío no está obligado a conformar su fallo a lo que haya decidido la Suprema Corte relativamente al punto de derecho que motivó la casación de la sentencia impugnada, y puede, en consecuencia, decidir idénticamente a como decidió el tribunal cuya sentencia fue casada.

Si, sucesivamente, todos los tribunales a que posteriormente fuera reenviado-el mismo asunto adoptaran la opinión del primer tribunal, quedaría enteramente frustrada la finalidad que deben obtener las sentencias de la Suprema Corte en funciones de Corte de Casación, de establecer y mantener la unidad de la jurisprudencia, según lo dispone el art. 2 de la L. sobre procedimiento de casación.

De ahí la disposición contenida en el mismo art. 20: "Si la segunda sentencia es casada por igual motivo que la primera, el segundo tribunal al cual se reenvíe el asunto deberá conformarse estrictamente con la decisión de la Suprema Corte de Justicia, en el punto de derecho juzgado por ésta". Esta disposición asegura la supremacía de la Suprema Corte sobre los demás tribunales, y al mismo tiempo mantiene incólume el principio de que la Suprema Corte de Justicia no es un tercer grado de jurisdicción.

Por excepción a las reglas anteriormente expuestas, el art. 136 de la L. de R. de T. contiene las siguientes disposiciones: "En caso de casación con envío, el Tribunal Superior de Tierras estará obligado, al fallar nuevamente el caso, a atenerse a la disposición de la Suprema Corte de Justicia, en los puntos de derecho que hubieren sido objeto de casación". "Cuando la sentencia casada hubiese sido pronunciada por un

Juez de Jurisdicción Original, la Suprema Corte dispondrá igualmente el envío del asunto por ante el Tribunal Superior de Tierras, a fin de que éste apodere del caso a otro Juez de Jurisdicción Original, el cual procederá en la forma antes expresada".

SECCION IV- JERARQUIA ENTRE LOS TRIBUNALES

Independencia de los tribunales. El art. 10 de la L. de O. J. establece que "los tribunales son independientes unos de los otros y respecto de cualquiera otra autoridad, en cuanto al ejercicio de sus funciones judiciales".

No contradicen el principio de la independencia de los tribunales la existencia del doble grado de jurisdicción y la del recurso de casación.

El principio del doble grado de jurisdicción, y su consecuencia el derecho de apelar de las sentencias ante un tribunal más elevado, no tienen como razón de ser la idea de que existe un orden jerárquico entre los tribunales, sino la de obtener una mejor administración de la justicia, dando a las partes la oportunidad de hacer examinar la litis por un segundo tribunal, compuesto de jueces normalmente más antiguos y experimentados.

Se admite asimismo, generalmente[35], que tampoco el recurso en casación está fundado en consideraciones de superioridad jerárquica de la Suprema Corte con respecto a los demás tribunales. Lo comprueba la circunstancia de que, salvo el caso de que se trate de sentencia del T. de T., antes mencionado, lo que se explica porque es un tribunal único, el tribunal a quien se envía el conocimiento de un asunto puede fallarlo adoptando una solución igual a la admitida en la sentencia casada, contraria por lo tanto a la que sustenta la Suprema Corte. Es solamente en caso de una segunda casación cuando el tribunal de reenvío debe adoptar la solución dada por la Suprema Corte; pero esto no se debe a consideraciones de superioridad jerárquica, sino a la necesidad de ase-

(35) Garsonnet y Cézar-Biu, Tiaité, VI, 34 y s.

gurar el cumplimiento de la función unificadora de la jurisprudencia, encomendada a la Suprema Corte en funciones de Corte de Casación.

El poder disciplinario. Después de haber establecido el principio de la independencia de los tribunales, el art. 10 de la L. de O. J. determina que "en cuanto a su funcionamiento regular, al orden interior y a la conducta que deben observar sus miembros, todos están sometidos al poder disciplinario", el que consistiría únicamente, según el art. 137, "en las amonestaciones a los abogados y magistrados"; pero que también puede consistir en multa y destitución para los alguaciles y notarios y conllevar la destitución de los jueces, de acuerdo con los arts. 140 y s.

Resulta de los mismos términos empleados por la ley que el poder disciplinario tiene un carácter puramente administrativo, puesto que su objeto es, de acuerdo con el art. 138, "sancionar el respeto a las leyes, la observaión de una buena conducta y el cumplimiento de los deberes oficiales, por parte de los funcionarios y empleados judiciales, los abogados, y los oficiales públicos sometidos a la vigilancia de la autoridad judicial".

Los actos mediante los cuales se imponen sanciones disciplinarias no son, pues, actos jurisdiccionales o sentencias, sino actos de administración judicial, y no pueden por consiguiente ser impugnados por medio de las vías de recurso. La S. C. de J. ha dado como fundamento de la inadmisión de las vías de recurso que "la aplicación de las diversas penas disciplinarias corresponde exclusivamente, en cada caso , al tribunal al cual está atribuida esa facultad expresamente por la ley; de lo cual se deduce que las decisiones de los tribunales en materia disciplinaria no son susceptibles de apelación, puesto que si no fuera así correspondería a dos jurisdicciones, y no a una sola la aplicación de dichas penas, en cada caso" (auto del 29 de octubre de 1928, B. J. 219, p. 14). Sería preferible, diversamente a como razona la S. C. de J., decir que esos actos no son impugnables mediante el ejercicio de las vías de recurso a causa de ser de administración judicial.

Quiénes ejercen el poder disciplinario. El art. 137 de la L. de O. J. dispone que el poder disciplinario reside en la S. C. de J., las cortes de apelación y los juzgados de primera instancia. y que se ejerce, de acuerdo con el art. 139, "por todos los tribunales judiciales sobre sus propios empleados, y dentro del límite de su jurisdicción sobre todos los oficiales públicos de la misma que estén sometidos a la vigilancia de la autoridad judicial".

El poder disciplinario sobre los jueces del T. de T. corresponde a la S. C. de J., de acuerdo con los arts. 41, 137 y 139 de la L. de O. J.

El T. de T. ejerce el poder disciplinario sobre los agrimensores encargados de una mensura catastral, en virtud de lo que dispone el art. 42 de la L. de R. de T.

Persecuciones disciplinarias. En caso de condenación de un juez por crimen, o por delito castigado con pena de prisión, la pena disciplinaria de la destitución, cuyo pronunciamiento compete exclusivamente a la S. C. de J., de acuerdo con el art. 144 de la L. de O. J., es una consecuencia forzosa de la condenación penal, y es aplicada por consiguiente sin procedimiento alguno.

En los otros casos, la persecución disciplinaria es objeto de un procedimiento sometido a reglas especiales distintas de las del C. de Pr. Civil y del C. de Pr. Criminal. En esta materia los jueces forman su convicción de la manera que estimen más conveniente, bajo la sola condición de respetar los derechos de la defensa; así lo exigen los principios generales y el art. 145 de la L. de O. J., que manda comunicar al acusado los cargos en que se apoyan, y que se le llame a exponer a sus medios de defensa, por sí o por apoderado especial.

La acción disciplinaria es, por su "propia naturaleza, distinta de la acción pública y de la acción civil.[36] Por consiguiente, la sentencia intervenida sobre la acción civil no es un obstáculo para el ejercicio ulterior de una persecución disci-

(36) Dalloz, REPERTOIRE PRATIQUE, art. Discipline judiciales, 74 y s.

plinaria; inversamente, la decisión recaída sobre la persecución disciplinaria no excluye la posibilidad del ejercicio de la acción pública (v.: S. C. **de** J., 29 **de** octubre **de** 1935, B. J. 303, p. 405; Casación, 11 de diciembre de 1942, B. J. 389, p. 952; 4 de septiembre de 1956, B. J. 554, p. 2050).

Penas disciplinarias. Las penas disciplinarias **que** los tribunales pueden aplicar, en los respectivos casos de su competencia, varían según **que** se trate de los jueces y jueces de instrucción, de los abogados, de los alguaciles, de los notarios, de los agrimensores.

Para los jueces y jueces de instrucción las penas disciplinarias son: la admonición, la suspensión sin goce de sueldo hasta un mes y la destitución (art. 140 de la L. de O. J.). Las dos primeras penas pueden ser impuestas por las cortes de apelación a los jueces de primera instancia, a los jueces de instrucción y a los jueces de paz (art. 143 de la L. de O. J.).

Los abogados pueden incurrir en las siguientes penas disciplinarias: el llamamiento al orden y la privación del uso de la palabra, en audiencia, que pueden serles aplicadas por el tribunal ante el cual están ejerciendo sus funciones; la suspensión por un período de tres meses a un año y la radiación del cuadro de abogados, que solamente podrán ser pronunciadas por la S. C. de J., por causas graves (art. 80 y 139 de la L. de O. J.). La suspensión podrá extenderse hasta cinco años de acuerdo con lo dispuesto en el art. 707 del C. de Pr. Civil, ref. por la L. 764 de 1944, respecto del abogado de un postor que hubiere cometido irregularidades en el procedimiento de una venta sobre embargo inmobiliario. Además la S. C. de J. puede recomendar al P. E. que prive al abogado del exequátur (art. 8 de la L. 11 1 de 1942)[37]

(¿7) **Independiente délas citadas sanciones, los arts. 24 del Decreto No. 1289 de 1983 y 73 y 74 del Decreto No. 1290 del 1983 que ratifican el Código de Etica del Colegio de Abogados de laRepilblica Dominicanaestablecencfiversas sanciones que consisten en amonestaciones, inhabilitación temporal del ejercico de la abogacía de un mes hasta cinco años, o inhabilitación perpetua. De acuerdo con los arts. 3 y 721 de la Ley No. 91 de 1983 que crea el Colegio de Abogados de la República Dominicana, estas decisiones podrán ser apeladas por ante la Suprema Corte de Justicia.**

Las penas disciplinarias para los abogados de oficio, cu-y.os servicios son pagados por el Estado, son la admonición, el llamamiento al orden y la suspensión sin sueldo por un mes, que podrán ser impuestas por el tribunal o corte correspondiente (art. 142 de la L. de O. J. adicionado por el art. 2 de la L. 127 de 1942).

Los alguaciles pueden incurrir en las penas de multa de 25 a 100 pesos, que podrá aumentarse hasta el doble en caso de reincidencia, y de destitución (art. 148 y 149 de la L. de O. J.).

Los notarios pueden incurrir en las siguientes penas disciplinarias: multa de hasta 500 pesos; suspensión temporal que no pase de 2 años; destitución. Estas penas son aplicadas por la S. C. de J.. constituida en cámara disciplinaria, según lo dispone el Art. 8 de la L. 301 de 1964, sobre Notariado[38]. Además, puede serle recomendado al P. E. la privación del exequátur al notario, sin indicar el tiempo de esa privación, de acuerdo con el art. 8 de la L. 111, del 3 de noviembre de 1942.

Los agrimensores encargados de una mensura catastral pueden incurrir, según la gravedad de la falta, en la suspensión por un período de seis meses a cinco años (art. 43 de la L. de R. deT. y lo. de la L. 3637 de 1953), y en la privación del exequátur.

Los intérpretes judiciales, médicos legistas, venduteros públicos y oficiales del estado civil pueden incurrir en multa de 20 a 50 pesos, y en la destitución (art. 152 de la L. de O. J.).

(38) Por resoluciones de fechas 17 de septiembre de 1935 (B. J. 302, p. 352) y 6 de mayo de 1943 (B. J. 394, p. 463), la S. C. de J. ha declarado que el art. 148 de la L. de O. J. file modificado por el art. 5 de la L. del Notariado. No obstante, en efecto, haber sido promulgada la L. del Notariado el 8 de noviembre de 1927, y la L. de O. J. el 21 de los mismos mes y año, y la primera de esas leyes es, en realidad, en fecha posteriora la segundapuesto que Ule adoptada finalmente por el Congreso después de la adopción de aquella . En efecto "es la fechaj;n que la ley fue votadadeflnitivamentepor las cámaras, y no la de-su promulgación la que decide cuál de los dos textos es el aplicable, yaque al votar dichas cámaras la L. del Notariado con posterioridad ala de O. J., es indiscutible que la voluntad del legislador ha sido la de ^modificar el art. 148 de la última de estas leyes por el art. 5 de la primera". Sobre esta cuestión v„ por ejemplo, Carré de Malberg, Theorie générale de l'Etat, I, 141,152.

Aunque los art. 138 y 139 de la L. de O. J. declaran que el poder disciplinario se ejerce sobre "todos los oficiales públicos sometidos a la vigilancia de la autoridad judicial", la ley no determina expresamente cuáles son las penas disciplinarias aplicables a algunos de ellos, como, por ej., los conservadores de hipotecas yregistradores de títulos.

Destitución. La destitución de los empleados judiciales que son nombrados por el P. E. puede ser hecha, en caso de que incurran en falta que la amerite, a pedimento del presidente de corte, del juez o del representante del ministerio público bajo cuya dependencia se encuentran (art. 8 de la L. 25 de 1930).



CAPÍTULO IV—ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO

SECCION I-PRINCIPIOS GENERALES

Unipersonalidad o colegialidad. Dos sistemas opuestos pueden ser adoptados para la composición de los tribunales: el uno es el de la pluralidad de los jueces o ***colegialidad;*** el otro es el juez único, o ***unipersonalidad.*** Ambos sistemas tienen impugnadores y defensores. Las críticas dirigidas al sistema de la unipersonalidad son argumentos en pro del sistema de la colegialidad, y recíprocamente.

En favor del sistema de la colegialidad se arguye, entre otras razones, que las sentencias adoptadas después de una deliberación, en que cada uno de los jueces ha emitido y justificado su opinión, tienen más probabilidad de ser justas e imparciales que las emanadas de un juez único, quien podría extraviarse en sus apreciaciones, aun con entera buena fe, o hasta decidir maliciosamente. La recíproca fiscalización que ejercen unas sobre otras las distintas opiniones de los jueces colegiados garantiza la imparcialidad y la justeza de sus decisiones.

Al mismo tiempo que se reconocen esas ventajas, algunos autores arguyen que el sistema de la colegialidad presenta, en la práctica, grandes defectos[39], se alega que los jueces se limitan con demasiada frecuencia a seguir, sin examen, la opinión de aquél de entre ellos, generalmente el presidente, que presenta un proyecto de sentencia; se ha dicho también que no faltarían ejemplos de jueces que jamás concurren

(39) R. de la Grassierie, De la justice en France et a l'etranger, II, 453, y s.; Motel, Traite elementaire de Procedure Civile, 2a. ed., 222; F. Beceña, Magistratura y justicia, 187, y s.; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil I, 20; y Cosentini, la Réforme de lalegilaüon civile, ed. de 1913, 509 y s.; Fabreguettes. Lalogique judiciaire et l'art de juger, 2a. ed., 509 y s.

seriamente a las deliberaciones, limitándose a declarar que se adhieren a la opinión de la mayoría, para suscribir luego la sentencia que se adoptara.

Con esta manera de proceder, evidentemente contraria a la ley y reñida con la moral profesional, resultaría demasiado frecuentemente que es la opinión de una exigua minoría, o tal vez de un solo juez, la que decida efectivamente[40].

Otro agravio contra el sistema de la colegialidad es que la mayoría que se impone en la adopción del fallo no siempre estaría compuesta por los jueces más laboriosos e ilustrados, siendo posible que la opinión de la minoría, o la del único juez disidente, fuera en realidad la mejor. Este defecto podría corregirse, en una cierta medida, permitiendo a los jueces disidentes hacer constar su opinión en la sentencia, como ocurre en algunos países.[41]

Por el contrario, el sistema del juez único se recomendaría porque mantiene vivo en el juez el sentido de su responsabilidad, lo que daría por resultado el que fuera más atento al esclarecido cumplimiento de sus deberes.

Se opina, por otra parte, que en la elección de los dos sistemas conviene tener en cuenta dos factores esenciales. El primero concierne a las cualidades personales del Magistrado: el sistema del juez único sólo podría funcionar satisfactoriamente si los jueces estuvieran dotados de suficiente experiencia, madurez y formación profesional completa. El segundo elemento tiene relación directa con las costumbres y las características del país: allí donde existen fuertes pasiones políticas, o se desarrollan frecuentes críticas o desconfianza respecto de las autoridades constituidas parece que el sistema de la colegialidad transmite a la colectividad más seguridad.

El sistema dominicano de composición de los tribunales ha esquivado, a través de una larga evolución histórica, los inconvenientes de ambos sistemas, combinándolos. Descartada

(40) **R. de la Giasserie, p. 457, y s. de la ob. citada.**

(41) **La polémica es interesante parael derecho francés, en que todos los tribunales son colegiados, con excepción de las justicias de (V. Glasson y Tissier,) Tiaité, I, 34.**

la Suprema Corte de Justicia que siempre ha sido un tribunal colegiado^en regla general son unipersonales nuestras jurisdicciones del primer grado: J. de Paz, J. de P. i, T. de T. en jurisdición original. Son colegiadas las jurisdicciones del segundo grado: C. de apelación, Tribunal S. de Tierras. La regla general tiene la excepción de que, en ciertos casos, el J. de p. i o el T. de Tierras de J. Original son tribunales de apelación con respecto a las sentencias dictadas por los j. de paz[42].

Condiciones de **aptitud.** Para que una persona pueda ser designada como juez necesita reunir, en primer término, las condiciones generales requeridas para desempeñar un cargo judicial: ser mayor de edad, ciudadano dominicano, de buenas costumbres y tener el ejercicio de los derechos civiles (art. **lo.** déla L. de O. J.).

En segundo lugar es necesario reunir las condiciones exigidas para el ejercicio de la profesión de abogado, esto es, poseer el diploma de licenciado o doctor en derecho de las universidades nacionales, exequátur, etc.

Para ser juez de la S. C. de Justicia se necesita además: ser ciudadano dominicano de nacimiento u origen, tener mas de treinta y cinco años de edad, doce años de ejercicio profesional o haber desempeñado durante un tiempo igual, un cargo de juez de una c. de apelación, j. de primera instancia o j. del Tribunal de Tierras, o representante del Ministerio Público ante dichos tribunales. Los períodos en que se hubieren ejercido la abogacía y las funciones judiciales, podrán acumularse. (art. 65 de la Constitución).

Para ser juez de la c. de apelación se requiere haber ejercido la abogacía durante cuatro años, o haber sido juez de primera instancia, representante del ministerio público ante

i(42) **Las apreciaciones emitidas en el texto, extraídas de la bilbiografía citada en las notas anteriores, son alusivas a cualquier sistema o combinación de sistemas para la composición de los tribunales, no precisa y particularmente al sistema dominicano. Hay que insistir en que tienen, pues, un sentido puramente general. Ejemplos de críticas acerbas serían, para los juzgados unipersonales, el que resume en el adagio francés: juge, unique, juge inique; y para los tribunales colegiados esta apreciación « Grasserie: "Donc, dans un tribunal collégial, la collégialité n'est quien leurre, c'est, en realité, le président qui juge seul, ses assesseurs n'ont tout au plus que voix consultative. n serait plus sincere de se trouver ouvertment en face de la realité".**

los tribunales o juez de jurisdicción original ante el T. de Tierras durante igual tiempo. Los períodos en que se hubiere ejercido la abogacía y las funciones judiciales podrán acumularse (art. 69 de la Constitución).

Para ser juez de primera instancia, el art. 74 de la Constitución de 1966, requiere haber ejercido la profesión de abogado durante dos años o haber desempeñado por igual tiempo las funciones de Juez de Paz o de Fiscalizador.

De acuerdo con el art. 1 de la L. 1498 de 1938 y lo. de la L. 2416 de 1950, la condición de abogado para ser juez de paz únicamente era requerida para el Distrito Nacional (antes de Santo Domingo) y en los municipios (antes comunes cabeceras), con la excepción del caso de que en la localidad no existieran abogados o su número fuere insuficiente. Sin embargo, la Constitución de 1961, posterior a las leyes comentadas. no exige la condición de abogado para el cargo de juez de paz, aunque se consigna (art. 77), que los jueces de paz estarán sujetos a los requisitos de capacidad que la ley determine.

La Constitución de 1963 sí exigen expresamente la condición de ser abogado, con excepción de los municipios en donde nosea posible designar abogados para dicho cargo. Estas disposiciones fueron consagradas en la Constitución vigente, la que establece además que en el Distrito Nacional y en los municipios cabeceras de provincias, estas funciones obligatoriamente deberán desempeñarse por abogados (art. 77).

Para ser presidente o Juez del T. S. de T., se requieren las mismas condiciones que para ser juez de una C. de Apelación; para ser juez de los otros T. de Tierras se requieren las condiciones necesarias para ser J. de Primera Instancia (art. 72 de la Constitución).

Nominación. De acuerdo con el art. 23 de la Constitución corresponde al Senado nombrar los jueces de la S. C. de J-, de las C. de Apelación, de los J. de Primera Instancia y del T. de Tierras, los J. de Paz y los Jueces de cualesquiera otros tribunales del orden judicial creados por la ley.

Otros modos de nominación.[43] Diversos sistemas de selección de los jueces, distintos del que se sigue en la República Dominicana, han sido o practicados o se hallan vigentes en otros países. Los principales son: el nombramiento por el Poder Ejecutivo; la elección popular, la designación por los cuerpos judiciales; las ternas.

1. La designación por el Poder Ejecutivo es el sistema seguido por la mayoría de las legislaciones; Inglaterra, Francia, Estados Unidos, etc. Tendría, entre otros, el inconveniente de hacer recaer frecuentemente los cargos judiciales en favoritos inaptos para la función, por incapacidad, por falta de condiciones morales, o por ambas cosas a la vez. Sus defectos pueden ser atenuados por diversas medidas tendientes a obtener una escrupulosa selección de los candidatos, como, por ejemplo, los concursos, o la efectiva exigencia de las condiciones de mejor ejercicio de las profesiones jurídicas o de ciertos cargos judiciales, y mediante el establecimiento de un riguroso escalafón, de modo que los aspirantes a la carrera judicial no puedan llegar al desempeño de los cargos más elevados, que son al mismo tiempo los más delicados, sino después de haber recorrido los rangos o etapas anteriores, y haber perfeccionado y ampliado en ellos, mediante la práctica, los conocimientos jurídicos, y adquirido el hábito de resolver expeditamente los asuntos judiciales.

2. La elección popular es defendida por algunos autores[44] en razón de que realiza plenamente, en lo que respecta a la función jurisdiccional del Estado, el principio de la separación de los poderes. El juez no debería recibir su investidura de otro poder del Estado, sino directamente de los comicios, lo que le daría completa independencia respecto de los demás órganos del Gobierno. El sistema presenta, en cambio, el peligro de subordinar el juez al cuerpo electoral, que se decide

(43) R. c. D. Ensor, Jueces y Tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania; Hostos. Lecciones de Derecho Constitucional, LXII; Morel, Traité Elementaire de Procedure Civile, 2a. ed., 125; F. Beceña, Magistratura y Justicia, 109 y s.; Glasson y Tissier, Traité, I, 37 y s.; R. de la Giasserie De la Justice en Fiance et a l'etranger, D. 233 y s.

(44) Hostos, Lecciones de Derecho Constitucional, LXII.

siempre a impulso de móviles puramente políticos, con merma de la independencia que debe mantener el magistrado. Este inconveniente podría evitarse, según sus defensores, con hacer vitalicio el cargo de juez, esto es, con la inamobilidad pero ello parece chocar con la alternabilidad y consiguiente temporalidad de los órganos de gobierno.

3. Se ha ideado[45] que los mismos cuerpos judiciales elijan los jueces, o libremente, o seleccionándolos de listas preparadas de antemano por algún cuerpo electoral u otro organismo apropiado: las cortes de apelación designarán los jueces de primera instancia y demás jueces del primer grado; la Suprema Corte de Justicia designaría los jueces de las cortes de apelación, del T. de T., y sus propios jueces. Este sistema presenta el peligro que la selección de los jueces, si se hiciera libremente, podría hallarse condicionada por el "espíritu de cuerpo" o de "casta", que conduce el nepotismo, tan funesto a la magistratura como el "espíritu de partido", que es el vicio imputado al sistema de elección popular de los jueces.

4. Los sistemas de nombramiento por el Senado, por el Poder Ejecutivo, o por los mismos cuerpos judiciales, podrían ser regulados de tal modo que las designaciones recaigan entre los candidatos que figuren en una lista previamente formada por el cuerpo electoral, o por el órgano judicial superior, la Suprema Corte de Justicia. Con el empleo de esas listas, en lasque se incluirían como candidatos para cada cargo a las personas que reunieran las condiciones requeridas por la ley, se mitigaría un poco la arbitrariedad en que se ha alegado que incurren frecuentemente los encargados de extender los nombramiento de jueces.

Esa modalidad, en el sistema de nombramiento por el Senado, era la adoptada por el art. 20 de la Constitución del 22 de febrero de 1908: el Senado nombraba los jueces "de listas formadas de aquellos ciudadanos capacitados legalmente, y que le hayan enviado los colegios electorales". Desapareció ese arreglo en la reforma constitucional de 1924, al ser im-

(46) Glasson y Tissier, Tiaité, I, 38; Morel, Ttalté elementaire de Procedure Civile, 2a. ed., 112 y s.

plantado el sistema de elección directa para los senadores, diputados y Presidente de la República, en sustitución del sistema de elección indirecta, o sea a través de colegios electorales.

Juramento y **toma de posesión.** El art. 2 de la **L.** de O. **J.,** reproduciendo en parte la fórmula del art. 106 de lá Constitución dispone que ningún empleado judicial podrá ocupar el puesto para el cual haya sido nombrado, antes de haber prestado el juramento de respetar la Constitución y las leyes, y de desempeñar fielmente su cometido.

Del carácter imperativo de esa disposición se infiere que el juramento debe preceder a la toma de posesión, y que podrían ser declarados nulos y de ningún valor ni efecto los actos en que interviene un juez antes de haber prestado juramento.

El juramento es prestado ante cualquier funcionario público, de acuerdo con las disposiciones constitucionales mencionadas.

No está obligado a prestar juramento el abogado a quien se designe para desempeñar interinamente las funciones de juez de primera instancia en virtud de lo que dispone el art. 33 de la L. de O. J., puesto que ya ha tenido que prestar juramento para el ejercicio de la profesión de abogado, y en esa calidad es un auxiliar de la justicia, apto para el desempeño accidental de tales funciones (v. Casación: 17 de diciembre de 1915, B. J. 65-66,p.4; 18demarzode 1932, B. **J.** 260, p. 17).

SECCION II—COMPOSICION DE LOS TRIBUNALES

Composición General.. Todos los tribunales se hayan integrados: lo., por uno o varios jueces,según sean unipersonales o colegiados; 2o., por un secretario.

Además, ante la S. C. de J., ante cada corte de apelación, ante cada juzgado de primera instancia, existe un representante del ministerio público, llamado respectivamente Procurador General de la República, procurador general de la Corte de apelación, procurador fiscal (arts. 66, 70 y 75 de la Constitución). El Abogado del Estado desempeña las funciones

del ministerio público ante el T. de T. (Art. 26 de la L. de R. deT.).

Juzgados de Primera Instancia. El art. 73 **de** la Constitución dispone que la ley determinará su número, organización y cámaras en que podrán dividirse. Son actualmente unipersonales, esto es, desempeñados por un juez, conforme lo dispuesto por el art. 44 del L. de O. J. ref. por la L. 25 de 1930. Según lo dispone el art. 43 de la L. de O. J. ref. por la L. 248 de 1981, los j. de primera instancia de los Distritos Judiciales correspondientes al Distrito Nacional, Santiago, La Vega, Duarte, Puerto Plata, Barahona, San Juan de la Maguana, San Cristóbal, El Seybo, San Pedro de Macorís, **La** Romana, Valverde, Espaillat y Monte Cristy, se dividen en cámaras en la siguiente forma: el Distrito Nacional cinco Cámaras Civiles y Comerciales, una de Trabajo y diez penales; el de Santiago, dos Cámaras Civiles, Comerciales y de Trabajo y tres Penales; en el de La Vega, una Cámara Civil, Comercial y de Trabajo y dos Penales; en el de Duarte, una Cámara Civil, Comercial y de Trabajo y dos Penales; en el de Puerto Plata, una Cámara Civil, Comercial y de Trabajo y una Penal; en el de San Cristóbal, una Cámara Civil, Comercial y de Trabajo y una Penal; en el de Barahona, una Cámara Civil, Comercial y de Trabajo y dos Penales; en los de San Juan de la Maguana, El Seybo, San Pedro de Macorís, La Romana, Valverde, Espaillat, y Monte Cristy, una Cámara Civil Comercial y de Trabajo y una Penal.

Cortes de Apelación. Según el art. 32 de la **L.** de **O. J.** mod. por las L. 255 de 1981 y 107 de 1983, las Cortes de apelación se componen de cinco jueces no pudiendo funcionar con menos de tres, según lo dispone el art. 34 de la **L.** de O. J. mod. por la indicada L. 255.

La C. de Apelación de Santo Domingo tendrá dos Cámaras: a la Cámara Civil corresponden los asuntos civiles y comerciales, los relativos a la calificación de las huelgas laborales y las atribuciones como Tribunal de Confiscaciones; a la Cámara Penal corresponden los asuntos penales incluyendo el

conocimiento de los recursos contra las providencias calificativas de los J. de Instrucción.

Al momento de designar los jueces de las cortes de apelación, dispone el referido artículo 32, el Senado inviste a tres de ellos, respectivamente, como presidente, primer sustituto y segundo sustituto del presidente. Si el presidente o alguno de sus sustitutos cesa en el ejercicio de sus funciones, el Senado nombra a otra persona en su lugar, o inviste con esa calidad a uno de los otros jueces.

Juzgados de paz. Según lo dispone el art. 52 de la L. de O. J., mod. por la L. 25 de 1930, y resulta de la L. 1337 de 1947, en cada municipio habrá por lo menos un juzgado de paz, servido por un juez de paz. El juez de paz, dispone el art. 53 de la L. de O. J., tiene un primer suplente y un segundo suplente, quienes en ese orden desempeñarán las funciones de juez de paz, en caso de impedimento del titular o de vacancia del cargo.

Tribunales de Tierras. En sus funciones de tribunal de primera instancia o de jurisdicción original el T. de T. es unipersonal, según resulta de lo dispuesto en el art. 12 de la L. de R. de T. De acuerdo con lo que dispone el art. 13 de la misma ley el número de jueces de j. o. se halla determinado en la L. de Gastos Públicos. Seis de ellos, que se llaman ***jueces residentes,*** tienen sus respectivos asientos en Santiago, La Vega, San Cristóbal, San Francisco de Macorís, San Pedro de Macorís y San Juan de la Maguana; los demás residen en la capital de la República. Pero ni estos ni los jueces residentes tienen especial jurisdicción territorial, debiendo celebrar sus audiencias en el lugar que en cada caso les asigne el Presidente.

El T. Superior de Tierras se compone de un Presidente y cinco jueces, según determina el art. 16 de la L. de R. de T., mod. por la L. 3468 de 1953.

Tribunal de confiscaciones. Se compone de tres jueces, de acuerdo con el Art. 5 de la L. 5924 de 1962. No puede funcionar válidamente sin la presencia de sus tres miembros.

Suprema Corte de Justicia. Se compone de nueve jueces (Art. 64 de la Constitución) 27 de la L. de O. J., mod. por la L. 1857 de 1946). Podrá reunirse, deliberar y fallar válidamente con un quorum de las dos terceras partes de dicho número de nueve.

El Presidente. En los tribunales colegiados el presidente asume especiales funciones, distintas de las del tribunal, enumeradas de un modo general por el art. 40 de la L. de O. J. mod. por la L, 2004 de 1949.

Las atribuciones de juez presidente, de conformidad con esos textos y otros contenidos en el C. de Pr. Civil son, entre otras: asumir, en términos generales, la representación del tribunal; expedir los autos de procedimiento; fijar las audiencias y ordenar la inscripción de los asuntos en estado en el registro correspondiente; dirigir los debates; ejercer la policía de la audiencia y del local; revisar las liquidaciones de costas y aprobarlas; determinar el orden que debe seguirse en el estudio de los expedientes; cuidar el buen funcionamiento de la secretaría y autorizar sus libros.

Reemplazo de los jueces. Si un tribunal no puede constituirse a causa de ausencia u otro impedimento del juez único, o uno de los tribunales colegiados se halla incompleto por uno de esos motivos, la ley determina la manera de constituir el tribunal, sustituyendo al juez único, o completando el número de jueces de los tribunales colegiados.

1. De acuerdo con el art. 33-5o. de la L. de O. J., ref. por la .L. 298 de 1943, el juez de primera instancia debe ser sustituido, en caso de licencia, inhibición, recusación u otro impedimento, por el juez de paz o por uno de los jueces de paz de la común cabecera del distrito, y en caso de que el o los jueces de paz no puedan ejercer esas funciones por motivo justificado, por un abogado que reúna las condiciones requeridas para ser juez de primera instancia.

2. El art. 34 de la L. de O. J. mod. por la L. 35 de 1963, determina que si tres de los miembros de una corte se encuen-

tren imposibilitados para integrarla, el Presidente de la Corte llamará a un juez de primera instancia de la jurisdicción que no sea el que haya conocido del asunto objeto de la apelación en primer grado; y que, en las cortes de apelación en cuya jurisdicción los tribunales de primera instancia estén divididos en cámaras de distintas competencias, se llamará al juez presidente de una cámara diferente a la que hubiere pronunciado la sentencia motivo del juicio; que igual procedimiento se observará para dirimir los empates que pudieren originarse a propósito del conocimiento y fallo de los asuntos civiles y comerciales.

3. Según lo dispone el art. 53 de la L. de O. J. el primer suplente y el segundo suplente sustituirán, en ese orden, al juez de paz, cuando éste se encuentre imposibilitado para ejercer sus funciones o esté vacante el juzgado de paz.

4. En los tribunales de tierras de primera instancia la imposibilidad de actuar el juez se suple con la designación de otro juez por el Presidente, según lo dispone el art. 63 de la L. de R. de T. En el T. S. de T. la imposibilidad de actuar uno de sus jueces se suple llamando a un juez de jurisdicción original, prescribe el art. 17 de la L. de R. de T. Si se trata de ausencia, inhibición o imposibilidad del Presidente, "ejercerá sus funciones el juez del Tribunal Superior de nombramiento más antiguo, o el de mayor edad, si los nombramientos son de la misma fecha", dispone el art. 20 de la L. de R. de T.

5. Según dispone el art. 6 de la L. 5924 de 1962, el Tribunal de Confiscaciones se compondrá de tres jueces. No podrá funcionar sino con la presencia de sus tres miembros. En caso de ausencia, inhibición o impedimento de uno cualquiera de los jueces del mencionado tribunal los dos jueces restantes tendrán facultad para completar el mismo, llamando a uno cualquiera de los jueces de la Corte de Apelación de Santo Domingo.

6. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 de la **L.** de O. J. ref. por la L. 1257 de 1946, "en caso de que la Suprema Corte de Justicia no pueda constituirse por falta de mayoría, se completará con presidentes o jueces de las cortes de apela-

ción que reúnan los requisitos exigidos por la Constitución". El Presidente es reemplazado por el primer sustituto, y a falta de éste por el segundo sustituto, según lo dispone el Art. 64 de la Constitución.

Imposibilidad de constitución. Es prácticamente imposible que un juzgado de p. i. o el T. S. de T. se encuentren en la imposibilidad de constituirse, dadas las disposiciones de los arts. 33-5o. de la L. de O. J. y 17 de la L. de R. de T., que proveen al reemplazo de los jueces de p. i y del T. s. de T. Por el contrario es posible que un juzgado de paz o una corte de apelación se encuentren imposibilitados para constituirse, a causa de impedimento del juez de paz y de sus dos suplentes o de tres de los jueces de la corte de apelación.

Compete en este caso a la S. C. de J., el indicar el procedimiento a seguir para obviar aquella dificultad.

Jueces comisarios. En numerosos casos la ley determina que ciertas diligencias se practiquen, no ante el tribunal mismo, sino ante un ***juez comisario,*** esto es, delegado o comisionado al efecto por el tribunal que conoce del asunto. Esto ocurre especialmente en casos de información testimonial (art. 94 y s. L. 834 de 1978), de juramento (art. 121 y 122), de verificación de escritura (art. 193 y s.), de inspección de lugares (art. 295 y s.), etc.

Un texto de alcance general, el art. 1035 del C. de Pr. Civil, y diversas disposiciones particulares, hacen referencia a la obligación o a la facultad de nombrar juez comisario (art. 121, 255, 266, 296, 305, 326, 412, 428 del C. de Pr. Civil, 16 del C. de Comercio, 81 de la L. de R. de T.).

La corte de apelación puede designar como juez comisario o a uno de sus miembros o a un juez de otro tribunal (juez de primera instancia, juez de paz).

El juzgado de primera instancia, por ser unipersonal, acostumbra nombrar juez comisario, en los casos en que es obligatorio hacerlo, al mismo juez de primera instancia, o a un juez de paz.

El T. de T. puede escoger como juez comisario a uno de sus miembros, cuando se trata del T. S. de T., o a un juez de otra jurisdicción (art. 81 de la L. de R. de T.).

En vez de nombrarlo directamente el tribunal puede dar comisión rogatoria a otro tribunal para que se designe el juez comisario (art. 1035).

Jueces de instrucción. La L. de O. J., art. 68 y s., se refiere únicamente a las funciones que incumben al juez de instrucción de acuerdo con las leyes de procedimiento penal, es decir, a las de instruir los procesos.

Excepcionalmente, el juez de instrucción desempeña las funciones de juez comisario en los procedimientos de la quiebra, de acuerdo con el art. 451 del C. de Comercio, mod. por L. del 28 de junio de 1911.

SECCION III—FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES

Tiempo de funcionamiento. El servicio público puesto a cargo del Poder Judicial es continuo, es decir, que los tribunales y sus auxiliares están permanentemente a disposición del público para el despacho de los asuntos que les incumben (art. 16 y 41 déla L. de O. J.).

El principio general antes enunciado tiene dos excepciones, que resultan de los art. 1037 del C. de Pr. Civil y 157 de la L. de O. J.

la. Los tribunales no funcionan los domingos y días festivos; estos últimos se hallan enumerados por la L. 1642 del948. La excepción no alcanza a los jueces de paz (art. 8), ni al juez de los referimientos (art. 102 de la L. 834 de 1978). Se admite asimismo que los jueces pueden dictar los autos sobre instancia en cualquier día.

2a. Los tribunales no funcionan durante los períodos de vacaciones que tienen: el primero "desde el sábado de pasión hasta el primer día de pascuas, inclusive"; el segundo "desde

el 24 de diciembre hasta el 7 de enero siguiente, inclusive", (art. 157 de la L. de O. J. mod. por la L. 137 de 1967.

Si existe peligro en la demora el juez puede habilitar el día feriado o de vacaciones, sea para conocer de un asunto, sea para dictar una sentencia.

Se discute la cuestión de saber si es nula una sentencia dictada en día feriado o de vacaciones. Parece preferible admitir la validez de la sentencia, no solamente porque la ley no pronuncia la nulidad, sino también porque las partes no deberán sufrir las consecuencias de una falta cometida por el juez, y que no está en sus manos prever ni evitar(v., en el sentido de la validez, Cas., 20 de octubre de 1920, B. J. 123, p. 8, que se refiere al art. 134 de la L. de O. J. de 1908, equivalente de los actuales art. 15 y 157).

Lugar en que funcionan. Los tribunales tienen que ejercer sus funciones precisamente en la cabecera de su respectiva jurisdicción territorial.

La regla no se aplica a los tribunales de tierras, los cuales, por no tener jurisdicción territorial, pueden celebrar sus audiencias en el lugar que más convenga a la índole especial de sus funciones (art. 70 de la L. de R. de T.).

Por otra parte, de acuerdo con el art. 1040, los tribunales tienen que actuar en el local en que se hallan instalados. Esta regla general tiene las siguientes excepciones:

1a. Todos los jueces pueden responder, por medio de autos, en su domicilio, o en cualquier otro lugar en que se encuentren, a los pedimentos que se les dirijan (art. 1040).

2a. Los jueces de paz pueden celebrar audiencia en su casa morada, con tal que sea a puertas abiertas (art. 8).

3a. El juez de los referimientos, cuando el caso requiera celeridad, puede autorizar que se cite para una audiencia en su casa particular (art. 102 de la L. 834 de 1978).

Limitación territorial de la jurisdicción. Con excepción de la del T. de T., la jurisdicción de cada tribunal está limitada a la circunscripción territorial que respectivamente le es

determinada por la ley: común (o parte de común, cuando ésta comprende varias circunscripciones), distrito judicial, departamento, según que se trate de un juzgado de paz, un juzgado de primera instancia o una corte de apelación. Fuera de la circunscripción que le corresponde, ningún tribunal puede expedir actos de instrucción ni de jurisdicción. Los tribunales no pueden, por consiguiente, trasladarse a ningún lugar situado fuera de su competencia, o de practicar medidas de instrucción, como por ejemplo una visita de lugares.

Lo que pueden hacer los tribunales es ordenar la comparecencia ante ellos de las partes, de testigos o de peritos, para oírlos o interrogarlos, sea cual sea el lugar en que esas personas se encuentren domiciliadas. También pueden los tribunales oír o interrogar a esas personas mediante comisión rogatoria dada a un juez del lugar en que están domiciliadas (art. 1035).

Debido a su organización, su competencia y su funcionamiento peculiares, el T. de T. no tiene circunscripción territorial determinada. La jurisdicción delT.S. de T. es, naturalmente, nacional. Tampoco los tribunales de tierras de primera instancia o de jurisdicción original, aunque estén desempeñados por un juez residente, al instalarse en un determinado lugar con el fin de celebrar juicio, se hallan limitados a ninguna circunscripción comunal, provincial o departamental, y pueden hacer actos de instrucción y de jurisdicción en territorios pertenecientes a varias comunes, a varios distritos judiciales o a varios departamentos, puesto que, por una parte, la ley no les traza ninguna limitación territorial sino que los autoriza a funcionar en el lugar más conveniente (art. 70 de la L. de R. de T.), y, por otra parte, los terrenos a cuyo saneamiento proceden pueden hallarse ubicados en jurisdicciones diferentes.

Publicidad del ejercicio judicial. En principio, de acuerdo con lo que disponen los arts. 87 y 853 del C. de Pr. Civil, 17 y 59 de la L. de O. J., la administración de la justicia, en sus trámites fundamentales, debe ejercerse públicamente, a la vista de todos, menos en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario. La norma de la publicidad del ejerci-

ció judicial tiende a dar a todo el mundo, y no solamente a los interesados, la oportunidad de seguir la marcha de los procesos y de poder observar la conducta de los funcionarios judiciales y de todas las demás personas que intervienen en la administración de la justicia[46]: es por consiguiente una regla de orden público. Este principio implica la publicidad de la audiencia, de la pronunciación de la sentencia y de los registros.

1. Todo asunto contencioso debe ser conocido en audiencia pública, y, si el expediente ha sido comunicado al ministerio público, su dictamen debe asimismo ser oído en audiencia pública. La publicidad de la audiencia conlleva, además, la facultad para cualquier persona de dar a conocer, por medio de la prensa o por cualquier otro medio, en todo o parte, el contenido de los debates. Por el contrario, los tribunales no conocen en audiencia pública de los asuntos comprendidos en la jurisdicción graciosa o voluntaria.

2. Toda sentencia tiene que ser pronunciada en audiencia pública del tribunal.

3. Toda persona, aunque no justifique interés alguno, puede obtener de los secretarios judiciales copias de los actos judiciales que forman parte de los expedientes que tienen bajo su custodia, especialmente de las sentencias[47].

SECCION IV - PRERROGATIVAS DE LOS JUECES

Inamovilidad temporal. Todos los jueces, incluso los jueces de instrucción, son designados por el Senado (art. 23-1 de la Constitución), al iniciarse cada período constitucional, o en el momento en que alguno de ellos cese en el ejercicio de sus funciones por causa de renuncia, muerte o destitución. El

(46) **Kisch, Elementos de Derecho Procesal Civil, 26.**

(47) **Las copias de sentencias que el secretario debe expedir en virtud del art. 853,, son, aunque auténticas, copias no ejecutorias. Por el contrario, la copia que el art. 546(mod. por la L. 679 de 1934) llama primera copia ejecutoria solamente puede ser expedida a la persona que tiene delecho a proceder a la ejecución de la sentencia.**

ejercicio de las funciones de los jueces termina con el período constitucional en que fueron designados, sea cual sea la fecha de su designación, lo mismo que el de los funcionarios electivos, (art. 107 de la Constitución).

Los jueces son ***inamovibles,*** es decir, no pueden ser reemplazados por el Senado durante el período o la fracción del período constitucional en que fueron designados.

El ejercicio de los jueces cesa temporalmente en caso de ***suspensión,*** y definitivamente en caso de ***destitución.***

Suspensión. El juez incurre de ***pleno derecho*** en la suspensión de sus funciones, de acuerdo con el art. 7 de la L. de O. J., en caso de hallarse ***sub judice,*** esto es a consecuencia de que se le impute un crimen, o un delito sancionado con pena de prisión. En caso de crimen, el juez se encuentra ***sub judice*** desde que se halle preso o se haya dictado mandamiento de conducencia contra él; en caso del delito, desde que se halle preso o haya sido citado por el ministerio público para comparecer ante el tribunal competente.

Desde el momento en que se encuentra ***sub judice*** el" juez se encuentra privado de su sueldo. Si el juez es absuelto o descargado, quedará de pleno derecho reintegrado al ejercicio de sus funciones, y le serán pagados los sueldos que dejó de percibir mientras estuvo suspendido.

El juez puede incurrir también en la suspensión de sus funciones sin que goce de sueldo, hasta por un mes, cuando le sea impuesta como pena disciplinaria por la corte de apelación correspondiente o por la Suprema Corte de Justicia, (art. 67 y 71 de la Constitución; 140 y 143 de la L. de O. J.).

Destitución. De acuerdo con lo que disponen los arts. 144 y 146 de la L. de O. J., el juez incurre en la ***destitución*** en estos casos: lo., por condenación judicial a consecuencia de la comisión de un crimen, o de un delito sancionado con pena de prisión; 2o., por inconducta notoria; 3o., por faltas graves en el ejercicio de sus funciones. Los dos últimos casos se diferencian evidentemente el uno del otro en que la inconducta notoria atañe solamente a los actos del juez ajenos a sus fun-

ciones judiciales, como sería por ejemplo el hecho de hacer vida licenciosa o poco moral: es obvio que un juez podría ser tachado de inconducta notoria aunque cumpla fielmente con sus deberes profesionales, y que, inversamente, un juez pudiera faltar gravemente a sus deberes profesionales aunque observara una conducta perfectamente moral.

Compete exclusivamente a la S. C. de J. el imponer a los jueces la pena de destitución.

Cuando la causa de la destitución es una condena por un crimen o un delito, la S. C. de **J.** pronuncia esa pena tan pronto como la sentencia condenatoria haya adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada. Por el contrario, en los otros dos casos es preciso comunicar previamente al juez los cargos que se le imputan, y citarlo para que exponga sus medios de defensa, conforme a las reglas establecidas para las persecuciones disciplinarias.

Dispensa de la tutela. Los jueces de las cortes de apelación y los de la S. C. de J. están dispensados de la tutela (art. 427 del C. Civil y 162 de la L. de O. J.).

SECCION V - OBLIGACIONES DE LOS JUECES

Deberes. Con el fin de asegurar el cumplimiento esclarecido e imparcial de las funciones del juez, la ley no solamente le exige ciertas condiciones de capacidad, sino que también le impone graves deberes.

Esos deberes son, o deberes generales, idénticos a los de otros funcionarios, o deberes especialmente relativos al ejercicio de la función jurisdiccional.

Entre los deberes del juez, de carácter general, se encuentran (art. 3 ref., 9, 158 y s. de la L. de O. J.):"el de observar buena conducta; el de cumplir fielmente las obligaciones de su cargo, también expresamente mencionado en la fórmula del juramento constitucional que todo funcionario público debe prestar antes de entrar en el desempeño de su cargo; el de residir en el lugar en que ejerce sus funciones, pudiéndose ausentar únicamente mediante una licencia concedida al efecto; el de asistir regular y puntualmente a su oficina.

Los deberes impuestos al juez, en el ejercicio de su función jurisdiccional, son los siguientes:

1 o. El juez tiene la obligación de ***juzgar*** o sea ***decidir, resolver*** los asuntos que se le someten, dentro del más breve plazo. La contravención a este deber constituye ***denegación de justicia.*** El art. 165 de la L. de O. J., ref. por la L. 1021 de 1935, prescribe un plazo máximo de 90 días, a partir de la vista de la causa, para un fallo de los asuntos civiles y comerciales, salvo circunstancia de fuerza mayor, que se hará constar en auto expedido al efecto, y que deberá mencionarse en la sentencia,, conforme al art. 2 de la misma L. 1021 de 1935. El juez incurre en denegación de justicia en tres hipótesis, de acuerdo con los art. 4 del C. Civil, 506 del C. de Pr. Civil y 185 del C. Penal: a) cuando ***rehuse*** decidir o ***aplace*** el decidir un asunto, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; b)' cuando ***rehuse*** responder a los ***pedimentos*** que le son presentados, sea en las instancias que se le dirijan, sea en las conclusiones o puntos de conclusiones presentadas ante él; c) cuando se ***descuide*** en fallar los asuntos que le son sometidos.

2o. El juez tiene la obligación de juzgar en ***conciencia,*** o sea imparcialmente, ateniéndose únicamente a su convicción y a las pruebas legalmente recibidas, y descartando toda consideración de simpatía o de antipatía hacia los litigantes, o de interés personal. El juez que se apartara de su deber de juzgar en conciencia puede incurrir en las sanciones previstas en los arts. 177 y s. del C. Penal.

3o. Los jueces de los tribunales colegiados tienen, además, la obligación de guardar el secreto de las deliberaciones.

Con el fin de asegurar en lo posible el cumplimiento de esos deberes del juez, la ley ha tomado medidas tendientes a mantener su independencia frente, a los funcionarios de los otros poderes del Estado y frente a los demás tribunales, como asimismo a impedir, especialmente, que se vea incitado a faltar a. su deber fúndamental de imparcialidad si pudiera ser solicitado, aunque sea tácitamente, a prestar atención a in-

tereses personales o de otro género, con menoscabo del interés de la justicia.

Independencia del juez. La independencia de los jueces se halla garantizada mediante diversas precauciones legales: la. La disposición del art. 10 de la L. de O. J. proclama que los tribunales son independientes unos de otros, o sea respecto de aquellos tribunales que están colocados en una jerarquía superior, como por ejemplo un juez de paz con relación al juzgado de primera instancia, un juzgado de primera instancia con respecto a la corte de apelación. Los tribunales no responden de la legalidad de sus decisiones ante ninguna jurisdicción superior: éstas pueden solamente revocarlas, anularlas o reformarlas, cuando sean apoderadas del asunto decidido por el juez inferior a consecuencia del ejercicio de una vía de recurso. 2a. Los jueces gozan de la inamovilidad temporal. 3a. La disposición del art. 5 de la L. O. J., ref. por la L. 481 de 1941), prohibe que sean jueces, en un mismo tribunal, los parientes y afines en línea directa, y, en línea colateral, los parientes hasta el cuarto grado y los afines en el segundo grado. Esta prohibición no alcanza a los funcionarios del ministerio público, a los secretarios y a los jueces de instrucción. 4a. La disposición del art. 147 de la L. de O. J., prohibe a los jueces el servir intereses de partido, en el ejercicio o fuera del ejercicio de sus funciones.

Incompatibilidad, y **prohibiciones.** Para mantener al juez fuera de toda actividad que no sea el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo para prevenir posibles conflictos entre el deber del juez y los intereses personales de él o de otros, la ley establece algunas ***incompatibilidades y prohibiciones.***

la. La función de juez es incompatible con toda otra función pública, con excepción del profesorado, de los cargos honoríficos (art. 63 y 108 de la Constitución). La aceptación por un juez de otro cargo público, asalariado o no, conlleva su renuncia al cargo de juez.

2a. La función del juez es incompatible con el ejercicio

de la profesión de abogado, no solamente con su ejercicio ***habitual,*** sino también con su ejercicio ***ocasional o accidental,*** como sería por ejemplo dar opinión verbalmente o por escrito acerca de cualquier asunto jurídico, y mucho menos si tiene carácter judicial, sea de jurisdicción contenciosa o sea de jurisdicción graciosa, o representar a un litigante ante un tribunal o ante árbitros (art. 86 del C. de Pr. Civil, 6 y 8 ref. de la L. de O. J.). Sin embargo, un juez puede defender ante cualquier tribunal, menos ante aquél en que ejerce sus funciones, sus causas personales y las de su esposa, de sus parientes o afines en línea recta, y de sus pupilos (art. 86 del C. de Pr. Civil, 6 de la L. de O. J. ref. por la L. 962 de 1928).

3a. Al juez le está prohibido, de un modo general, "dar consultas en asuntos jurídicos, de carácter contencioso, o que puedan adquirir ese carácter" (art. 8 de la L. de O. J. ref. por la L. 511 de 1941). Desde ciertos puntos de vista la consulta es uno de los actos con que se ejerce la profesión de abogado; pero la ley ha mencionado particularmente esa actividad, para repudiar su ejercicio por el juez, porque hasta el papel de mero consultor es inconciliable con la función del juez, aunque no intervenga de otro modo en el ejercicio de la abogacía. Los jueces, sin embargo, con excepción de los de la S. C. de J., "podrán desempeñar las comisiones honoríficas que les encomiende el Poder Ejecutivo, siempre que no se refieran a asuntos que, de adquirir carácter contencioso, recaerían bajo la competencia de dichos magistrados o de las cortes o tribunales de que forman parte" (mismo texto).

4a. El juez tiene que limitar escrupulosamente las actividades de su vida al ejercicio de sus funciones judiciales; por eso no puede ejercer ninguna otra profesión, ni dedicar el tiempo a otra ocupación, porque toda otra profesión u ocupación lo distraería necesariamente del cumplimiento de sus deberes, o sería incompatible con la dignidad de sus funciones (art. 4 de la L. de O. J. ref. por la L. 962 de 1928). Así, por ejemplo, el juez no puede ejercer ninguna de las llamadas profesiones liberales, ni ser comerciante, industrial, empresario, sacerdote, ni mucho menos desempeñar un empleo particular. Sin embargo, un juez puede desempeñar un cargo pú-

blico honorífico, y ejercer el profesorado (art. 108 de la Constitución). Se ha estimado que estas últimas actividades no distraen al juez del ejercicio de sus funciones.

5a. El juez no puede servir intereses de partido, dentro o fuera del ejercicio desús funciones (art. 147 de la L. de O. J.).

6a. El juez no puede hacerse cesionario de derechos y acciones litigiosos que recaigan bajo la competencia del tribunal en el límite de cuya jurisdicción ejerce sus funciones (art. 1597 del C. Civil), ni hacerse adjudicatario de bienes cuya venta es perseguida ante su mismo tribunal (art. 711, 964 y 988). Estos actos, lícitos en sí mismos, son expresamente prohibidos al juez a fin de mantener su buena reputación fuera del alcance de toda sospecha, y al mismo tiempo para salvaguardar la reputación del tribunal a que pertenece.

Recusación e inhibición. La parte que tenga motivos justificados para poner en duda la independencia o la imparcialidad de un juez puede evitar que ese juez conozca del litigio, recurriendo al procedimiento de la ***recusación*** (infra, libro VI), regulado por los arts. 44 y s. para los jueces de paz, y por los arts. 378 y s. para los demás jueces. Las causas de recusación son limitativamente enumeradas por la ley, y se fundan en la existencia, entre el juez recusado y una de las partes, de ciertos lazos de parentesco o de afinidad, o en la existencia de oposición de intereses, de ciertas relaciones contractuales o económicas, de enemistad, etc.

El juez debe proponer su ***inhibición*** cuando sabe que existe contra él un motivo de recusación (art. 380); pero la sentencia dictada por el juez, o con el concurso del juez recusable no es nula, si la parte interesada no ha propuesto oportunamente la recusación. Si la inhibición no es aceptada el juez tiene la obligación de conocer del asunto, a menos que el interesado promueva con éxito la recusación ante el tribunal competente. En la práctica, los jueces proponen su inhibición aun en casos en que no se encuentran afectados por ninguno de los motivos de recusación previstos por la ley, si estiman que deben abstenerse del conocimiento de un asunto por razones de delicadeza u otras análogas.

Declinatoria por parentesco o afinidad. Los arts. 367 y s. organizan un procedimiento más enérgico que el de la simple recusación, para los casos en que hubiere parentesco o afinidad, hasta el grado de primo hermano, entre varios de los miembros del tribunal y una de las partes, que consiste en obtener la ***declinatoria*** del conocimiento del asunto para ante otro tribunal. Este procedimiento no puede tener aplicación en nuestro derecho actual en lo que respecta a los juzgados de primera instancia, que son unipersonales. En lo que se refiere a las cortes de apelación, sería muy difícil que se encontraran reunidas las condiciones requeridas para esta declinatoria, en razón de que, de acuerdo con el art. 5 ref. de la **L.** de O. **J.,** no pueden ser jueces de un mismo tribunal los parientes o afines en línea directa, ni, en línea colateral, los parientes hasta el cuarto grado inclusive y los afines en el segundo, de donde resulta casi imposible el que existan aquellos lazos de parentesco o de afinidad entre una de las partes y algunos de los cinco jueces que las integran.

SECCION VI- SANCIONES A LAS FALTAS DEL JUEZ

Sanciones disciplinarias. Las faltas cometidas por el juez, castigadas o no de otro modo por la ley, pueden ser motivo de la aplicación de una de las tres penas disciplinarias establecidas en el art. 140 de la L. de O. J.: ***admonición, suspensión sin goce de sueldo hasta por un mes, destitución.*** Las dos primeras penas pueden ser aplicadas por las cortes de apelación a los jueces de primera instancia, a los jueces de instrucción y a los jueces de paz. La pena de destitución puede ser aplicada únicamente por la S. C. de J., en uno de los tres casos previstos en el art. 147 de la L. de O. J.: ***condenación por crimen o delito castigado con prisión, inconducta notoria, falta grave en el ejercicio de sus funciones.***

Responsabilidad pecuniaria. Es un problema legislativo sumamente difícil el de decidir si los jueces deben o no responder pecuniariamente, y en qué forma, en caso afirmativo,

del daño causado a las partes con la violación de sus deberes profesionales.

Si se les sometiera a la aplicación pura y simple del derecho común en materia de responsabilidad civil, consignado en los art. 1382 y 1383 del C. Civil, los jueces tendrían que responder de toda clase de faltas, a consecuencia del ejercicio por la parte interesada de una acción en responsabilidad civil, de que deberían conocer los juzgados de primera instancia, conforme al procedimiento del derecho común. Éste sistema presentaría dos graves inconvenientes: el que los jueces de las cortes de apelación, del Tribunal Superior de Tierras y de la Suprema Corte de Justicia, tuvieran que litigar respecto de esas acciones en responsabilidad ante jurisdicciones que la ley llama inferiores, lo que, además de ser chocante, resultaría embarazoso tanto para las partes como para el tribunal apoderado; el de que pudiera dar ocasión a frecuentes persecuciones en responsabilidad civil contra los jueces, de carácter vejatoio, injusto o caprichoso.

Un sistema enteramente opuesto al anterior sería el de consagrar la absoluta irresponsabilidad de los jueces, sea cual sea el error o la negligencia en que incurrieran, pero incurriendo en responsabilidad, por el contrario, cuando procedieran dolosamente en el ejercicio de sus funciones. Este sistema sería insuficiente para dar una adecuada protección a los intereses legítimos de los litigantes, al encerrar la responsabilidad de los jueces en límites demasiado estrechos. Bajo ciertas circunstancias, en efecto, el error podría ser tan grosero, o la negligencia tan imperdonable, que sería injusto negar a los litigantes el auxilio de una reparación pecuniaria.

Un tercer sistema consiste en exonerar a los jueces de toda responsabilidad personal por los hechos de negligencia y por las faltas, sean cuales sean, que puedan cometer en el ejercicio de sus funciones, pero sustituyendo, a su responsabilidad personal, la responsabilidad del Estado. Este sistema es el adoptado, hasta cierto punto, para los jueces del **T.** de T. Estos jueces no son responsables civilmente de los perjuicios que ocasionen a las partes con motivo de los procedimientos conducidos o de los fallos pronunciados en el ejercicio de sus

funciones. Se justifica esto porque, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 227 y s. de la L. de R. de T., la persona que, sin negligencia de su parte, fuere perjudicada en sus derechos con ocasión de un procedimiento de que conoce el T. de T., tiene derecho de hacerce indemnizar, por el Estado, los daños y perjuicios que haya sufrido.

Un sistema mixto, de carácter ecléctico, es el aplicable a los demás jueces, quienes se hallan sustraídos a las reglas del derecho común sobre la responsabilidad civil, tanto en lo que respecta a los casos de responsabilidad, como en lo que se refiere a las reglas de competencia y de procedimiento (infra, libro VI).

En cuanto a los casos de responsabilidad, estos jueces son civilmente responsables únicamente por un cierto número de faltas graves cometidas en el ejercicio de sus funciones, limitativamente enumeradas por el art. 505: dolo, fraude, o concusión al sustanciarse un pelito o al darse la sentencia; cuando la responsabilidad civil esté expresamente pronunciada por la ley; cuando los jueces sean declarados responsables, bajo pena de daños y perjuicios; por denegación de justicia. Fuera de esos casos los jueces son irresponsables, aun cuando hayan juzgado mal por ignorancia o por error.

Relativamente a las reglas de competencia y de procedimiento, la responsabilidad de dichos jueces se hace efectiva por medio de una vía de derecho llamada ***acción en responsabilidad civil,*** que la ley trata como una de las vías extraordinarias de recurso para impugnar las sentencias, en los arts. 505 Y s.

Responsabilidad penal. Los arts. 177 y s., 183 y 185 del C. Penal contienen las sanciones penales aplicables a los jueces que en el ejercicio de sus funciones se hicieren reos de los crímenes de soborno o cohecho, prevaricación y denegación de justicia.

CAPITULO V- EL MINISTERIO PUBLICO

Magistrados del ministerio público. En todos los tribunales existe un agente del ministerio público, representante de

los intereses de la sociedad, encargado de velar por el cumplimiento de la ley: un fiscalizador, ante cada juzgado de paz; un ***procurador fiscal*** ante cada juzgado de primera instancia; un ***procurador general,*** ante cada corte de apelación; el ***Abogado del Estado, Fiscal del Tribunal de Tierras,*** ante el Tribunal de Tierras; el Fiscal del Tribunal de Confiscaciones, ante el tribunal del mismo nombre; el ***Procurador General de la República,*** ante la Suprema Corte de Justicia.

Los magistrados del ministerio público son nombrados y revocados por el Poder Ejecutivo (art. 55-1 de la Constitución).

Independientemente de sus atribuciones en materia penal, los funcionarios del ministerio público tienen algunas en materia civil y comercial, unas de carácter simplemente administrativo, y otras de carácter judicial.

Condiciones de aptitud. Los representantes del ministerio público tienen que reunir las mismas condiciones de aptitud que los jueces de los tribunales en que desempeñan sus funciones, de acuerdo con lo que determinan los arts. 66, 70 y 75 de la Constitución y 26 de la L. de R. de T.

Sustitutos y **ayudantes.** De acuerdo con lo que disponen los arts. 66 y 70 de la Constitución; la L. 1822 de 1948 y el art. 32 de la L. de R. de T., el Procurador General de la República, los procuradores generales de las cortes de apelación, el Abogado del Estado y los procuradores fiscales pueden tener ayudantes o sustitutos mediante los cuales podrán ejercer sus funciones.

Categoría. Los representantes del ministerio público tienen la misma categoría que el presidente de la corte o el juez ante quien ejercen sus funciones (arts. 66, 70 y 75 de la Constitución y 60 de la L. de O. J.).

Reemplazo. Según resulta de lo dispuesto en la L. 1822 de 1948 y en el art. 32 de la L. de **R.** de T., en caso de impedimento del Procurador General de la República, del procu-

rador general de una corte de apelación, del procurador fiscal o del Abogado del Estado, sus funciones son desempeñadas por el respectivo abogado ayudante, o por uno de sus ayudantes, según los casos.

Relaciones con el Poder Ejecutivo. Los funcionarios del ministerio público se hallan directamente bajo la dependencia del Procurador General de la República. Esta subordinación o dependencia es por consiguiente ***directa*** y no jerárquica, puesto que el Procurador General de la República puede impartir órdenes, dirigiéndose inmediatamente a los procuradores fiscales, sin la mediación del procurador general de la corte de apelación correspondiente; pero esto no obsta para que cada procurador general tenga lavigilanciade los procuradores fiscales de su circunscripción (art. 61 y 62 de la L. de O. J.).

Se ve, por lo expuesto, que la situación de los representantes del ministerio público difiere fundamentalmente de la de los tribunales, desde estos dos puntos de vista: 1o. Los tribunales son independientes, respecto de las jurisdicciones de rango más elevado, en cuanto al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; por el contrario, los miembros del ministerio púlico dependen del Poder Ejecutivo. 2o. Los jueces son ***inamovibles*** durante el período constitucional en que fueron designados; por el contrario, los representantes del ministerio público son ***amovibles,*** como los demás funcionarios cuya designación corresponde al Poder Ejecutivo (Art. 55-1 de la Constitución).

Independencia respecto de los tribunales. Los tribunales no pueden en ningún caso, sin incurrir en exceso de poder, censurar las actuaciones de los representantes del ministerio público, ni mucho menos hacerles recomendaciones o darles órdenes. En otros términos: cada representante del ministerio público tiene completa autonomía frente al tribunal en que ejerce sus funciones.

Deberes profesionales. Los representantes del ministerio público tienen los mismos deberes profesionales impues-

tos a los jueces, anteriormente examinados.

Sumisión a la disciplina judicial. Los agentes del ministerio público pueden incurrir en la destitución, en las mismas condiciones que los jueces (art. 151 de la L. de O. J.).

El Procurador General de la República puede amonestar a los demás agentes del ministerio público (art. 150 de la L. de O. J.).

Incompatibilidades y **prohibiciones.** Las incompatibilidades y prohibiciones a que se hallan sujetos los representantes del ministerio público son idénticas a las que afectan a los jueces, y reciben las mismas excepciones. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los jueces, los funcionarios del ministerio público pueden, de un modo general, ejercer la abogacía como mandatarios ***adlitem*** del Estado (art. 4 de la L. 1486 de 1938). El Abogado del Estado tiene siempre la representación del Estado ante los tribunales de tierras (art. 9 de la L. 1486 de 1938 y 26 déla L. de R. de T.).

Atribuciones administrativas. Descartando el Abogado del Estado, cuyas atribuciones se concretan en el T. de T., los agentes del ministerio público, cada uno en su caso, tienen a su cargo algunas atribuciones ***administrativas o extrajudiciales,*** entre otras: inspeccionar los registros de las secretarías judiciales (art. 140 del C. de Pr. Civil); vigilar los registros del estado civil (art. 53 del C. Civil y 37 de la L. 659 de 1944); trasmitir al **P.** E. las sentencias dictadas en materia de ausencia (art. 117 del C. Civil); presenciar la formación del inventario de los bienes del ausente (art. 126 del C. Civil); inspeccionar las conservadurías de hipotecas (art. 43 de la L. sobre Reg. y Cons. de hipotecas); requerir la inscripción de la hipoteca legal de la mujer casada, del menor o el interdicto, en caso de no hacerlo el marido, el tutor o el protutor (art. 2138 del C. Civil); recibir las notificaciones dirigidas al Estado (art. 13 y 16 de la L. 1486 de 1938), y las dirigidas a personas sin domicilio conocido o domiciliadas en el extranjero (art. 68-7o. y 8o. del C. de Pr. Civil). A excepción de las enumeradas anteriormente, casi la totalidad de las funciones administrativas están a cargo del Procurador General de la República de conformi-

dad con la L. 485 de 1964, que suprimió la Secretaría de Estado de Justicia.

Representación de personas privadas. Con la reserva arriba indicada respecto del Abogado del Estado, el ministerio público es representante forzoso de la persona cuya ausencia se quiere establecer para declararla judicialmente (art. 116 del C. de Pr. Civil); del menor y del interdicto en las demandas relativas a la reducción de sus hipotecas legales (art. 2145 del C. Civil).

Defensa del Estado. De acuerdo con la disposición de carácter general el art. 57 ***in fine*** de la L. de O. J. de 1927, derogada por el art. 21 déla L. 1486 de 1938, el ministerio público tenía de pleno derecho "la representación del Estado cuando éste sea parte enjuicio, y no haya disposición legal en contrario".

A este sistema, de representación de pleno derecho del Estado ante cada tribunal, por el respectivo agente del ministerio público, la L. 1486 de 1938 sustituyó un sistema especial en que la representación del Estado en los procedimientos judiciales o extrajudiciales incumbe al funcionario público o al particular a quien le es conferido poder especial para ese fin (art. 4 de la L. 1486 de 1938); pero al mismo tiempo se han tomado algunas precauciones destinadas a evitar que se obtenga por sorpresa, contra el Estado, una decisión en defecto, por falta de comparecer o por falta de concluir. Para ese fin la ley ha dictado medidas encaminadas a impedir que se ventile ninguna causa en que sea parte el Estado, sin oír su defensa, y a conferir en ciertos casos a los agentes del ministerio público la facultad de asumir, por propia iniciativa, la representación del Estado.

la. "En las causas en que el Estado figure como parte, el tribunal no puede constituirse sin la presencia del ministerio público, salvo sólo en las alcaldías y en el Tribunal de Tierras" (art. 19 de la L. 1486 de 1938); por el contrario, en todos los demás casos, el tribunal celebra la audiencia sin la presencia del ministerio público (art. 1 de la L. 82 de 1924).

2a. "Si el Estado no compareciere en alguna instancia por medio de sus representantes legales o de los mandatarios

instituidos por éstos, el funcionario que ejerza el ministerio público ante el tribunal que conozca del asunto podrá asumir, de pleno derecho, esa representación *ad litem,* pudiendo constituirse hasta en la misma audiencia en los casos en que la ley impone la comparecencia por ministerio de abogado, y sin necesidad de ratificar por acto posterior esa constitución". "Si habiendo comparecido, el Estado no concluye por medio de sus representantes legales o de los mandatarios instituidos por éstos, el dicho funcionario del ministerio público está facultado para suplir esas conclusiones, y proceder en los demás como mandatario ad litem del Estado"(art. 6 de la L. 1486 de 1938).

3a. "Cuando, en la audiencia señalada para conocer de alguna demanda contra el Estado, el funcionario del ministerio público que debe representarlo en la instancia, por falta de otro representante o mandatario, afirme al tribunal que no ha recibido de sus superiores las instrucciones necesarias para formular o justificar sus conclusiones, el tribunal deberá reenviar el conocimiento de la causa para otro día, sin que en ningún caso pueda acordarse de este modo un plazo de más de treinta días, contados desde la audiencia original, para el conocimiento de la causa" (art. 19 de la L. 1486 de 1938).

4a. "En las alcaldías, cuando conozcan en materia no represiva de instancias o demandas en que sea parte del Estado o en las que éste deba o quiera intervenir, si no se presentare a la audiencia ningún representante o mandataio del Estado, la representación de éste incumbe de pleno derecho al procurador fiscal del distrito judicial en que esté comprendida la jurisdicción territorial de la alcaldía amparada". "Para el efecto, el alcalde lo hará citar para la nueva audiencia a la que reenviará la causa, y sólo cuando no se presente en esta nueva audiencia ni el procurador fiscal citado, ni otro representante del Estado, podrá ser pronunciado el defecto contra éste" (art. 10 de la L. 1486 de 1938).

Como se ve, los representantes del ministerio público no tienen obligación ni facultad para asumir, de pleno derecho, en todos los casos, la representación del Estado, sino en los casos previstos únicamente; es una representación subsidiaria,

que el ministerio público asume, o que se le pone en condiciones de asumir, en caso de que el Estado no haya conferido mandato para defenderlo, y en caso de que el mandatario constituido no concurra a la audiencia.

Este sistema se halla en íntima correlación, poruña parte, con la forma establecida por los arts. 13 y 14 de esta ley para la notificación de los actos judiciales y extrajudiciales dirigidos al Estado, "respecto de cualquier asunto y para un fin cualquiera", los que pueden notificarse, a opción del requeriente, o en las oficinas del Procurador General de la República, o de un procurador general de corte de apelación, o de un procurador fiscal, y deben notificarse, además, cuando se trate de un embargo retentivo o de una oposición o en la oficina de la Tesorería de la Nación, o en la oficina de la colecturía de rentas internas que tenga su asiento en la Capital de la República, o en la que tenga su asiento en la jurisdicción que deba conocer de la demanda en validez; y por otra parte, con la facultad antes mencionada que tiene el Estado de escoger libremente su representante. De esto resulta que las únicas obligaciones del agente del ministerio público, en cada jurisdición, son la de carácter administrativo de trasmitir al Poder Ejecutivo la notificación que haya podido recibir, y la de concurrir a la audiencia en que fuere a ventilarse la demanda de que fue apoderado el tribunal en que ejerce, a fin de asumir la representación del Estado en las dos hipótesis antes mencionadas.

Comunicación al ministerio público. En ciertos casos, expresamente determinados por la ley, como por ejemplo en el art. 83 del C. de Pr. Civil, mod. por el D. del 14 de junio de 1889 y el .art. 3 de la L. 845 de 1978, el ministerio público actúa como *parte adjunta,* esto es que el expediente de la causa debe serle *comunicado,* a fin de que exponga su opinión al tribunal por medio de un *dictamen.*

Los principales casos o grupos de casos de comunicación al ministerio público son los enumerados en el art. 83: lo., los que conciernen al orden público, a las comunes, a los establecimientos públicos, a las donaciones y los legados hechos en

beneficio de los pobres; 2o., los que conciernen al estado de las personas y a las tutelas; 3o., las declinatorias por incompetencia, 4o., los de designación de jueces, recusación y declinatorias por causa de parentesco o de alianza; 5o., las acciones en responsabilidad civil contra los jueces; 6o., las causas que interesan a la mujer casada; 7o., las causas de los menores, los presuntos ausentes y las personas que: están defendidas por un curador.

En virtud del párrafo agregado al art.. 83 por la L. 845 de 1978, la comunicación al ministerio público solo procede en los casos indicados, cuando es requerida por el demandado in limine litis, o cuando es ordenada de oficio por el tribunal (Casación, 22 de abril, 1982, B. J. 869, p. 1012).

La enumeración contenida en el art.. 83 debe ser completada con la mención de otros casos en que se requiere también la comunicación al ministerio público, en virtud de disposiciones especiales, en los procedimientos de divorcio por causa determinada (art., 10 de la L. 1306 bis sobre Divorcio, de 1937), en la adopción (art. 363 del C. Civil, ref. por la L. 1693 de 1948); en la interdicción y el nombramiento de consultor judicial (art. 515 del C. Civil), en los envíos en posesión (art. 770 del C. Civil); en la distribución a prorrata (art. 666 y 668 del C. de Pr. Civil), en el orden entre acreedores (art. 762 del C. de Pr. Civil); en la falsedad incidental civil (art. 251 del C. de Pr. Civil), en la denegación de actos hechos por abogados y oficiales ministeriales (art. 359 del C. de Pr. Civil); en la recusación de peritos (art. 311 del C. de Pr. Civil); en la cesión de bienes (art. 900 del C. de Pr. Civil); en la revisión civil (art. 498 del C. de Pr. Civil); en los procesos en que una de las partes haya obtenido el beneficio de la asistencia judicial (art. 78-d-I4 de la L. de O. J., ref. por la L. 97 de 1931); en materia de apremio corporal (art. 794, 795 y 805 del C. de Pr. Civil); en la constitución de un bien de familia (art. 10 de la L. 1024 de 1928 mod. por las L. 5336 de 1960, y 5610 de 1961).

Los tribunales no pueden, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, ordenar la comunicación al ministerio público (art. 2 de la L. 82 de 1924).

El ministerio público dictamina en todos los casos ante la Suprema Corte de Justicia.

La comunicación al ministerio público tiene lugar indistintamente, sea de carácter civil o de carácter comercial el asunto de que se trata (art. 1 de la L. 82 de 1924).

Cuando un asunto que por su naturaleza es comunicable al ministerio público es conocido en primera instancia por el juzgado de paz, jurisdicción en que no existe el ministerio público en materia civil, la comunicación tiene lugar al conocerse el recurso de apelación por el juzgado de primera instancia.

La comunicación no tiene lugar en los casos en que el Estado sea parte y se halle defendido por el funcionario que representa el ministerio público ante el tribunal que conoce de la demanda (art. 8 de la L. 1486 de 1938).

Procedimiento de la comunicación y el dictamen. Los asuntos sujetos a comunicación son instruidos en la misma forma que los demás, hasta el momento de la clausura de los debates. El representante del ministerio público no tiene que hallarse presente en la audiencia (art. 1 de la L. 82 de 1924). Luego de cerrados los debates, el expediente es comunicado al ministerio público, por la secretaría del tribunal, a fin de que produzca su dictamen. El dictamen debe ser emitido por escrito en un plazo de diez días (art. 2 de la L. No. 82 de 1924), reducido a cinco días en materia de divorcio por causa determinada (art. 10 de la L. 1306 bis de 1937), y leído en audiencia pública del tribunal (art. 50 de la L. de O. J.), a pena de nulidad de la sentencia (v. Casación: 20 de septiembre de 1933, B. J. 278, p. 21; 22 de agosto de 1940, B. J. 361, p. 459; 20 de julio de 1951, B. J. 492, p. 818; 8 de agosto de 1951, B. J. 819, p. 957; noviembre, 1959, B. J. 592, p. 2275).

El ministerio público no está legalmente obligado en el dictamen a emitir una opinión propiamente dicha o sea a indicar la solución que, a su juicio, debe ser adoptada; por eso la jurisprudencia admite que el ministerio público puede declarar que deja el asunto a la apreciación o a la prudencia del tribunal para que lo resuelva de acuerdo con la ley (Casación, 29 de septiembre de 1933, B. J. 278, p. 24).

El medio de nulidad deducido contra una sentencia en última instancia, dictada sin oírse al ministerio público, se hace valer por medio del recurso extraordinario de la revisión civil, conforme a lo que dispone el art. 480-8o. (Casación: 18 de marzo de 1932, B. J. 260, p. 17; 6 de diciembre de 1933, B. J. 281, p. 5; 9 de febrero de 1939, B. J. 343, p. 87; 23 de agosto de 1941, B. J. 493, p. 1014).

Ejercicio de acciones. En ciertos casos, limitativamente mencionados por la ley, el ministerio público ejerce de oficio una acción en justicia, para preservar o proteger el interés general o el orden público: actúa entonces, excepcionalmente, como *parte principal,* sea como demandante, cuando solicita del juez que tome una medida o dicte una decisión, sea como demandado, cuando contesta una demanda dirigida contra él en relación con uno de los asuntos en que ha actuado como parte principal. Así, por ejemplo, el ministerio público puede ejercer las siguientes acciones: en rectificación de los actos del estado civil, en los casos en que esté interesado el orden público (art. 88 y s. de la L. 659 de 1944), en nulidad de un matrimonio celebrado en contravención a ciertas formalidades prescritas por la ley (art. 7-12 de la L. 1044 de 1928 sobre matrimonio, 61 de la L. 659 de 1944), en restablecimiento de una acta de matrimonio fraudulentamente omitida o suprimida (art. 200 del C. Civil y 61-19 de la L. 659 de 1944), para hacer constar la presunción de ausencia y hacer ordenar las medidas necesarias a la administración de los bienes del presunto ausente (art. 114 del C. Civil); para hacer pronunciar la interdicción de un loco (art. 491 del C. Civil); para pedir la nominación de curador a una sucesión vacante (art. 812 del C. Civil); en declaración de caducidad de la disposición testamentaria contra el gravado de sustitución que en el plazo de un mes no ha hecho nombrar el tutor exigido por el art. 1056 del C. Civil (art. 1057 del C. Civil).

El ministerio público no puede ejercer una acción en justicia, ni en general emplear una vía de derecho cualquiera, sino en uno de los casos en que expresamente lo autoriza la ley, aun cuando el orden público se halle afectado.

Es superfluo insistir en que no deben confundirse uno con otro el caso en que el ministerio público, por su propia iniciativa, en uno délos casos antes enumerados, ejerza una acción en justicia, como demandante o como demandado, o, lo que es lo mismo, sea parte principal, y el caso en que el representante del ministerio público ante el tribunal que conoce la demanda sea el mandatario *ad litem* del Estado. En el primer caso el titular de la acción, la parte, es el ministerio público; en el segundo caso el titular de la acción, la parte, es el Estado.

Diferenciación entre **sus actuaciones.** Cuando actúa como parte principal, el ministerio público se conduce exactamente como las partes en el proceso: requiere la notificación de ciertos actos de la instancia; es destinatario, como demandante o como demandado, de la notificación de ciertos actos; concluye en la forma que cree adecuada a los fines o al interés que persigue con el ejercicio de la acción. Por el contrario, si es parte adjunta el ministerio público permanece enteramente ajeno a la dirección del proceso, que es exclusivamente obra de las partes litigantes; sus conclusiones, que en este caso reciben el nombre de *dictamen,* son meramente una opinión desinteresada acerca de las pretensiones sustentadas por las partes y son emitidas después de la clausura de los debates, en una audiencia especial y únicamente destinada a oír esa opinión del ministerio público (art. 59 de la L. de O. J.).

De aquí se deriva las siguientes consecuencias:

la. Cuando es simplemente parte adjunta, el ministerio público puede ser recusado por las partes, pero no puede serlo cuando actúa como parte principal (art. 381).

2o. Como parte principal, el ministerio público leerá sus conclusiones pudiendo entonces producir un escrito de ampliación a su defensa o a su réplica (art.. 78 del C. de Pr. Civil mod. por la L. 845 de 1978); sus conclusiones son oídas en la misma audiencia que se ventila el asunto, en el primer turno si es el demandante, en el último, si es demandado. Por el contrario, como parte adjunta el ministerio público produce su dictamen como se ha dicho, en una audiencia especial posterior a la clausura de los debates; debe leerlo íntegramen-

te, y no limitarse a sus conclusiones; las partes no pueden replicarle.

3a. El ministerio público puede intentar todos los recursos, ordinarios o extraordinarios, contra la sentencia intervenida en el proceso en que figura como parte principal, conforme al derecho común, pero no cuando es simplemente parte adjunta. Se podría admitir que el ministro público puede apelar en los casos en que habiendo podido desde un principio demandar como parte principal, se limitó en primera instancia a actuar como parte adjunta, como por ejemplo en los casos de rectificación de las actas del estado civil.

CAPITULO VI - AUXILIARES JUDICIALES

SECCION I- GENERALIDADES

Auxiliares de la justicia. Son auxiliares de la justicia todas aquellas personas que cooperen con el juez, una más directa o necesariamente que otras, en la administración de la justicia. Hay dos razones fundamentales que explican y justifican la participación o cooperación de esos auxiliares en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La primera es que el juez no podría, por sí solo, atender a toda la labor que se requiere para instruir un proceso, pronunciar y ejecutar la sentencia. Esos trámites conllevan actuaciones de diversa índole, como por ejemplo las notificaciones y otras diligencias encaminadas a llevar el asunto a conocimiento del juez y a poner en práctica su decisión. La mayor parte de esos trámites están a cargo de oficiales ministeriales; otros están a cargo de personas que no tienen ningún carácter oficial.

La segunda razón, de alcance más restringido que la anterior, es que, en muchos casos, no estando las partes en condiciones de hacer por sí mismas los actos necesarios para la marcha de la instancia, la ley les impone el ministerio de abogado, a fin de que éste actúe como representante de ellas en el procedimiento y prepare o haga preparar los actos del procedimiento.

Enumeración y clasificación. Las personas que actúan como auxiliares de la justicia pueden ser distribuidas en varias categorías, atendiendo a sus respectivas funciones:

El *secretario* es auxiliar o asistente indispensable del juez y forma parte integrante del tribunal.

Los *alguaciles son* auxiliares de los tribunales en la celebración de las audiencias y mensajeros oficiales de las partes o de sus representantes, y están encargados de la mayor parte de los actos de ejecución de las sentencias y de los otros actos ejecutorios.

Los *abogados* son representantes de las partes, sea cuando su intervención es obligatoria, sea cuando actúan por mandato que las partes les confieren espontáneamente en los casos en que su ministerio no es obligatorio (v. infra, Monopolio).

Los *intérpretes judiciales, los médicos legistas y los venduteros públicos,* son oficiales públicos que en ciertos casos intervienen, los dos primeros para esclarecer al juez, el último para proceder a ciertos actos de ejecución.

Los *notarios públicos* son funcionarios en quienes el juez delega o puede delegar ciertas atribuciones de carácter judicial, como por ejemplo las de proceder a una venta o a una partición.

Los *abogados de oficio,* son profesionales a quienes está encomendada la defensa gratuita de los pobres y de otras personas.

Los agrimensores son auxiliares de la justicia cuando están encargados de una mensura catastral.

Los *conservadores de hipotecas y registradores de títulos* son oficiales públicos que, en ciertos casos, intervienen en la ejecución de las decisiones judiciales.

Los *peritos y los arbitros informadores,* son simples particulares a quienes el juez pide o puede pedir informes de carácter técnico.

Los *síndicos de quiebras, los curadores de sucesiones vacantes y los administradores judiciales,* son también personas particulares designadas por el juez para desempeñar determinadas funciones.

De estas dos últimas categorías de auxiliares de la justicia, cuya intervención es puramente ocasional, se tratrá de estudiar cada uno de los procedimientos en que figuran.

Condiciones de aptitud. De conformidad con lo que dispone el art. 1o. de la L. de O. J., los auxiliares de la justicia necesitan reunir las mismas condiciones generales que se requieren para desempeñar cualquier empleo judicial: ser dominicanos, mayores de edad, de buenas costumbres, y estar en el goce de los derechos civiles.

Para los abogados, los médicos legistas y los notarios públicos se requieren, además de las condiciones generales previstas en el art. 1o. de la L. de O. J., ciertas condiciones especiales, que serán examinadas oportunamente.

Las condiciones de aptitud de los auxiliares de la justicia no mencionados anteriomente se rigen asimismo por reglas especiales, que serán examinadas más tarde.

Incompatibilidades y **prohibiciones.** Los auxiliares de la justicia que tienen el carácter de oficiales ministeriales, como los secretarios, alguaciles y venduteros públicos, y probablemente también los intérpretes judiciales y los médicos legistas, están sujetos a las incompatibilidades y prohibiciones establecidas por el art. 6o. de la L. de O. J., enmendado por la L. 962 de 1928, en el sentido de que "no pueden ejercer la abogacía ni ninguna otra profesión que los distraiga del cumplimiento de sus deberes oficiales o que sea incompatible con el cargo que desempeñan".

SECCION II.- LOS ABOGADOS

Representación Judicial.— Hasta la puesta en vigencia de la Ley 91 y los decretos 1289 y 1290 de 1983 que crean el Colegio de Abogados y sus disposiciones normativas, para la buenamarcha de la justicia respecto de ciertos asuntos muy complicados o que envuelven intereses muy importantes, se exigía que la conducción de los asuntos judiciales o extrajudiciales no fuera dejada a la pura iniciativa de las partes, en razón de que tales procedimientos requerían conocimientos especiales y experiencia. Ello era así especialmente respecto al

Juzgado de Primera Instancia, las Cortes de Apelación y la Suprema Corte de Justicia, ante los cuales el procedimiento es más particularmente complicado y formalista. A fin de suplir la deficiencia de las partes en los procedimientos, la ley imponía a las partes, para actuar en los procedimientos indicados, la obligación de hacerse representar en justicia. Mediante la representación de una persona, el abogado, a quien son exigidas ciertas condiciones de competencia profesional y de moralidad, toma a su cargo la dirección del proceso en nombre de la parte interesada, desde su comienzo hasta su terminación, y a veces, aún después de terminado para la ejecución de la sentencia. Empero, después de la puesta en vigencia de las leyes y decretos preindicados, el ámbito de la representación en justicia se ha extendido a otras jurisdicciones y a procedimientos no judiciales.

Sistemas de representación judicial. En Francia, hasta las reformas introducidas a partir del año 1971[48] la representación de las partes ante el tribunal de primera instancia y la corte de apelación estaba a cargo del procurador *(avoué),* que era un oficial ministerial adscrito a cada una de esas jurisdicciones. Era nombrado por el Poder Ejecutivo mediante la *presentación* de su predecesor. Aunque recibía su nombramiento del Gobierno, el procurador era propietario de su *oficio,* considerado como valor patrimonial, del que podía disponer mediante cesión en favor de una persona que reuniera las condiciones exigidas para desempeñar el cargo, y que trasmitía a sus herederos como una propiedad cualquiera. Ante las mencionadas jurisdicciones el ministerio del procurador era obligatorio; por el contrario, ante los jueces de paz, los tribunales de comercio y los consejos *áeprud homme* las partes podían actuar personalmente, o escoger un representante cualquiera. Ante la corte de apelación las funciones del procurador se hallaban acumuladas con el ejercicio de la profesión de abogado.

En el antiguo sistema francés las funciones del procura-

(48) Glassony Tissier, Taité, I, 129 y S.

dor eran principalmente las de ***postular*** y ***concluir.*** Postular consistía en dirigir el procedimiento, dar y recibir, en nombre del cliente las comunicaciones necesarias para la instrucción de la causa. Concluir era dar a conocer al tribunal la pretensión del cliente.

Por el contrario, en este sistema el abogado no era un representante del cliente: su misión se limitaba a defender la causa, o sea a presentar al tribunal los medios, alegatos y argumentos en que la parte se fundamentaba para justificar sus conclusiones presentadas en su nombre por el procurador.

A partir de la L. número 71-1130 de 1971, las profesiones de abogado, procurador ***(avoue),*** y representante ante los tribunales de comercio ***(agreé)*** han sido fusionadas, creándose la nueva profesión de abogado, asi denominada por dicha ley. Los oficios de procurador (avoué) ante los tribunales de primera instancia fueron suprimidos, creando en su favor una indemnización por la pérdida de sus derechos.

Sistemas más o menos análogos al francés (anterior a sus reformas), esto es, que atribuyen la función de representar al cliente en el proceso, y al abogado solamente la de defender la causa, son adoptados en España[49], Inglaterra[50], Venezuela y algunos otros países de América, cuyos sistemas procesales se derivan del derecho español.

En el derecho procesal alemán, por el contrario, el abogado *(rechtsanwalt)* tiene al mismo tiempo las funciones de procurador; postula en nombre de su cliente y pleitea la causa[50]

En nuestro derecho el abogado es al mismo tiempo representante y defensor de su cliente. No es un *oficial* ministerial, aunque aveces la ley emplea la expresión *ministerio de abogado* para referirse al hecho o la obligación de constituir abogado, sino un profesional a quien la parte debe conferir la

(49) **ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA, art. Procurador, Abogado; M. de la Plaza, Desecho Procesal Civil, II, 285.**

(50) **Rocco, obra y lugar citados; Patteison, Administration of justice in Great Britain, 250.**

(51) **Goldschimidt, Derecho Procesal Civil, 41 a; Rocco, obra y lugar citados.**

misión de postular por ella y de defenderla en justicia.

Se alega en favor del sistema de la separación de las funciones del procurador y el abogado, principalmente, que asegura la división del trabajo, librando a los abogados de la labor material de los procedimientos, cosa que debe incumbir exclusivamente a los procuradores; con esta diferenciación se evitaría al mismo tiempo que los abogados se convirtieran en mandatarios de sus clientes o en agentes de negocios, faenas impropias, se afirma, de la profesión de abogado[52].

El sistema opuesto se recomienda sin embargo, por la simplificación y la economía que resultan de la dualidad de funciones del abogado postulante y defensor al mismo tiempo.

Funciones. El abogado es un auxiliar de la justicia. Su profesión comprende las atribuciones de *consultar, postular y defender.* Concluir es emitir opinión verbalmente o por escrito acerca de las pretensiones del cliente. Postular es, como se ha visto, dirigir el procedimiento y hacer o hacer que se haga un cierto número de actos de procedimientos encaminados a ese fin. Defender es, como también se ha dicho, exponer verbalmente o por escrito ante el tribunal las pretensiones del cliente. En nuestro derecho no hay lugar a distinguir las *defensas* de las *conclusiones,* desde el punto de vista del análisis de las funciones del abogado: las conclusiones son el remate de la misión de defender. La función del abogado es, en resumen, la de asistir y representar a su cliente en todas las fases de un procedimiento, contencioso o gracioso. Ese procedimiento puede ser: o un proceso, es decir, un procedimiento judicial de carácter contencioso, una litis o instancia como lo llama la ley; o un procedimiento judicial no contencioso, sino gracioso o voluntario, como por ejemplo una adopción, o una venta de inmuebles pertenecientes a menores o a interdictos; o un procedimiento de ejecución, como por ejemplo un embargo; o un procedimiento contencioso administrativo o simplemente administrativo.

(52) P. Calamandrei, Demasiado abogados, XV; Morel, obra y lugar citados. En este mismo sentido, R. de Pina, Principios de derecho procesal civil, 146, adoptando las conclusiones de Calamandrei, expresa que "la abogacía es moralmente más pura, socialmente más honorable y económicamente más floreciente en aquellos países en donde es efectiva unaabsolutaseparación entre las funciones del abogado y las del procurador".

Monopolio.— El Abogado tenía un monopolio diferente sobre cada uno de esos aspectos de su profesión, el cual ha sido sustancialmente ampliado en sus efectos y aplicación por el artículo 17 de la Ley 91 de fecha 3 de febrero de 1983, que instituye el Colegio de Abogados a cuyo tenor "Toda persona física o moral, asociación de cualquier tipo que sea, Corporación o persona de derecho público interno de la naturaleza que fuere, para ostentar representación en justicia deberá hacerlo mediante constitución de abogado. En consecuencia, los magistrados jueces de las órdenes judicial y contencioso-administrativo sólo admitirán como representantes de terceros a abogados debidamente identificados mediante el carnet expedido por el Colegio. Sólo se exceptúan de esta regla la materia laboral y la acción constitucional de Ha'beas Corpus. Asimismo podrán postular en materia criminal los estudiantes de derecho, debidamente identificados y autorizados por el Juez Presidente del Tribunal. PARRAFO: La violación de las disposiciones de este artículo se castigará con la destitución del cargo y la nulidad absoluta del acto."

Antes de esa disposición legal, su monopolio era absoluto en lo que concernía a la postulación, en materia civil ante el Juzgado de Primera Instancia, en materia civil y comercial ante la Corte de Apelación y la Suprema Corte de Justicia. Especialmente en materia penal se exigía también el ministerio de abogado a la parte civil para tramitar directamente a la Suprema Corte de Justicia el escrito contentivo de los medios del recurso de casación (art. 43 de la L. sobre procedimiento de casación). De acuerdo con la legislación vigente antes de la Ley aludida, que instituye el Colegio de Abogados, el abogado no tenía el monopolio de la postulación ante el Juzgado de Primera Instancia y en algunos otros casos especificados por la ley (v. párrafo g) art. 23 de la Ley 1024 de 1928, sobre bien de familia); las partes, en estos casos, podían hacer el procedimiento por sí mismas, o encomendarlo a una persona que no fuere abogado.

Empero, los términos imperativos del art. 17 de la Ley ya referida no parecen presentar dudas acerca de la intención de atribuir casi totalmente los asuntos judiciales o contencio-

so-administrativos como un monopolio del abogado. Las excepciones, referidas únicamente a la materia laboral y a lo que se denomina la acción constitucional de Habeas Corpus permite interpretar sin mayor esfuerzo, que toda la materia propiamente judicial, incluyendo los asuntos comerciales ante el Juzgado de Primera Instancia, todos los asuntos de la competencia del Juzgado de Paz, los que competen al Tribunal de Tierras incluyendo el saneamiento y todos los procedimientos de lo contencioso-administrativo constituyan un coto cerrado en favor del abogado. En materia penal, también se ha afectado ese monopolio, sobre todo en materia criminal (v. art. 222 delCódigo de Procedimiento Criminal) asunto en el cual no profundizamos por no ser cuestión a tratarse en esta obra. Aunque es conveniente llevar a límites más cerrados aún el monopolio del abogado en los asuntos judiciales, no es menos cierto que esa política debe tener en cuenta la circunstancia de que existen procedimientos sencillos y expeditos que como tales deben tener la alternativa de poder sustanciarse sea por los propios interesados, bajo la dirección del Juez , o por prácticos que en la generalidad de los casos abaratan la defensa o representación judicial. La trascendencia de este nuevo estatuto que virtualmente cierra la posibilidad deque personas no abogados y no afiliadas al Colegio lleven asuntos judiciales o de lo contencioso-administrativo, paradójicamente no ha recibido ejecución total en la práctica judicial, previsión que a nuestro juicio no tiene duda alguna si se toma en cuenta que de acuerdo con el párrafo único del texto que se trata, se declara que "la violación de las disposiciones de este artículo se castigará con la destitución del cargo y la nulidad del acto".

En lo que respecta a la defensa, debe tomarse en consideración que el art. 85 aparentemente no derogado, dispone que la parte podrá acompañada de su abogado, defenderse por sí mismo. De esto resulta que el abogado no tiene, para la defensa, un monopolio absoluto: su papel se reduce al de simple asistente en caso de que el cliente quiera defenderse personalmente. Esta facultad dejada a la parte está sujeta, sin embargo, a la vigilancia del tribunal, el que puede, conforme

al mismo art. 85, prohibirle que se defienda por sí misma, si estima que la pasión o la inexperiencia no le permiten "discutir con la decencia conveniente, o con la claridad necesaria para el esclarecimiento de la causa". La L. 1015 de 1935 (derogada por la L. 845 de 1978) quitó interés a la disposición del art. 85, que supone un debate puramente oral, ya que dicha ley obligaba a notificar las defensas, réplicas y agravios, actos de procedimiento que entraban en la esfera de la postulación, antes de la audiencia, en los asuntos ordinarios, y establecía, para los asuntos no ordinarios y comerciales que las partes se debían limitar a leer sus conclusiones cuando así" les era ordenado por el tribunal, pudiendo en ese caso ampliar sus defensas y réplicas por medio de escritos depositados en secretaría. Actualmente, de conformidad con lo dispuesto por el art:. 78, mod. por la citada L. 845, las partes se limitarán a exponer sus conclusiones motivadas y el juez les concederá plazos moderados para el depósito de réplica y contrarréplica. En materia criminal el acusado puede hacer presentar su defensa por un pariente o amigo, con permiso del juez (Art. 222 del C. de Pr. Criminal).

En lo que se refiere a la consulta, el abogado no tiene, en principio, monopolio alguno, salvo en los casos en que la ley exige una consulta de abogados, como por ej. en materia de transacción que interese a un menor bajo tutela (art.. 467 del C. Civil), y en materia de revisión civil (art. 495 del C. de Pr. Civil).

Ejercicio de la abogacía. De acuerdo con los Arts. 73, 74, 75, 76 y 77 de la L. de O. J. y 2, 3 y 4 de la L. 111 de 1942 son exigidos los siguientes requisitos y condiciones para ejercer la profesión de abogado: lo., ser ciudadano dominicano, mayor de edad, y estar en el goce de los derechos civiles; 2o., poseer el título de licenciado o de doctor en derecho, expedido por la Universidad de Santo Domingo[53]; 3o., ser de buenas costumbres y no haber sido condenado a pena

(53) V. la L. 273 de 1966 mod. por la L. 236 de 1967, Que regula el establecimiento y funcionamiento de entidades universitarias y de estudios superiores privadas, y dispone la equivalencia de sus títulos con los de los organismos oficiales o autónomos.

aflictiva o infamante; 4o., prestar juramento ante la S. C. de **J.**, 5o., estar inscrito en el cuadro de abogados de un j. de primera instancia, cuadro que debe contener los nombres, apellidos, edad y grado académico del abogado, la fecha del título y la fecha del juramento, y además, una columna para observaciones[54] 6o., obtener del Poder Ejecutivo mediante solicitud hecha por conducto del Procurador General de la República exequátur para ejercer la abogacía, el cual es concedido por decreto que se publica en la Gaceta Oficial[55].

Ejercicio voluntario; ejercicio obligatorio. El abogado no es un oficial ministerial, sino un profesional libre; por consiguiente no está obligado a prestar sus servicios sino a las personas a quienes desea asistir y en los casos que elige. La selección de su clientela es cosa que le pertenece exclusivamente.

En dos casos, sin embargo,el abogado tiene obligación legal de prestar sus servicios profesionales: lo., cuando es designado por el juez competente para defender de oficio, esto es, gratuitamente, a los reos en materia criminal, y en materia civil o comercial a los pobres de solemnidad y a ciertas personas morales que carezcan de recursos para defender sus derechos en justicia[56] (art. 78-d de la L. de O. J., ref. por la L. 2283 de 1950); 2o., en caso de que, necesitando una persona los servicios de un abogado, no quiera prestárselos ninguno de los establecidos en el lugar de su residencia, el juez lo designe para que asista obligatoriamente a tal persona, no pudiendo negarse a prestar sus servicios, sin excusa justificada, bajo pena de suspensión (art. 80 de la L. de O. J., ref. por la L. 97 de 1931).

Relaciones con el cliente. La convención que interviene

(54) El cuadro de abogados es una innovación de la L. de O. J. de 1927, completada por la L. 962 de 1928, en el sentido de incluir en el cuadro del j. de primera instancia del distrito en que residían los abogados que hablan prestado anteriormente su juramento ante la S. C. de J.

(55) El exequátur del P. Ejecutivo era uno de los requisitos exigidos para ejercer la abogacía por el Art. 72 de la L. de O. J. de 1908. Suprimido por la L. de O. J. de 1927, fue restablecido por la L. 111 de 1942, cuyo Art. 11 dispuso que los profesionales que no tuvieran exequátur debían obtenerlo antes del 31 de diciembre de 1942.

(56) La asistencia judicial será estudiada en la parte relativa a la costas procesales (infra, libro VII).

entre el abogado y el cliente es un mandato, en todo lo que respecta al ejercicio de sus funciones de postular y defender.®^ Esto es evidente en los casos en que el abogado actúa ante las jurisdicciones en que la ley exige el ministerio de abogado. Asimismo, el abogado es el mandatario, representante de la parte, en aquellas materias en que no se exige el ministerio de abogado: la parte confiere procuración para actuar en su nombre.

En el primer caso, la parte está *obligada* a *conferir* mandato al abogado. En uno u otro caso, las funciones del abogado son de idéntica naturaleza jurídica, la de ser mandatario del cliente).

El mandato que el cliente confiere al abogado para postular y pleitar puede ser expreso o implícito. Generalmente el mandato es implícito: el cliente lo confiere casi siempre con la entrega de sus documentos al abogado, o de la citación que le ha sido notificada. Se presume que el abogado que actúa en justicia en nombre de una persona es porque ella le ha dado procuración al efecto. La regla es aplicable también al Estado (art. 2 de la L. 1486 de 1938). Cuando es expreso, el mandato puede ser escrito o verbal. En este último caso puede ser probado por testigos aun cuando se trate de un valor que pase de 30 pesos, de conformidad con lo que dispone el art. 1348 del C. Civil.

<57>i **En este punto, las relaciones entre el abogado y el cliente en nuestro derecho tienen mucha analogía con las relaciones entre el procurador y el cliente, en las legislaciones que ponen a cargo del procurador las funciones de postular y de concluir, y a cargo del abogado,solamente, las de consultary defender. En esas legislaciones el procuradores mandatario, porque sus funciones de postular y concluir conllevan representación del cliente (Gaisonnet y Cézar-Bru, Traité, I, 244); por el contrallo, el abogado no es mandatario, porque ni la consulta ni la defensa son actos que entran dentro de la noción del mandato o procuracón (Garsonnet y Cézar-Bru, Traité I, 255) Por otra parte, al conferir nuestro derecho al abogado las funciones que en otros sistemas corresponden, unas al abogado y otras al procurador, ha suprimido la distinción entre la defensa, acto del abogado que no es el ejercicio de un mandato, y la presentación de conclusiones, acto del procurador que sí es un acto de mandatario. Entre nosotros, el abogado es mandatario de la parte desde el comienzo hasta el fin de la instancia, y, aun después de terminada la instancia, para la ejecución de la sentencia (art. 1038); las conclusiones que presenta al tribunal en nombre del cliente siguen inmediatamente a las defensas, orales o escritas, según los casos, también producidas por él en la misma audiencia, y casi siempre son formuladas en el contexto de un mismo acto. Por el contrario, en el sistema francés, actualmente modificado las conclusiones son la obra del procurador (avoué), actuando**

El mandato del abogado es general; sin embargo, contrariamente a lo que dispone el art. 1988 del C. Civil, el abogado puede hacer algunos actos que no son de administración sino que consisten en ofrecimientos, confesiones y consentimientos emitidos en nombre del cliente. Esos actos son oponibles al cliente mientras él no demuestre, en ciertas formas establecidas por la ley, que el abogado ha ejercido un mandato que no tenía o que ha excedido el mandato que tenía. Hasta prueba contraria se presume, pues, que el abogado ha procedido en virtud de un mandato o dentro de los límites de su mandato. Esta prueba contraria tiene que ser hecha mediante el procedimiento de la denegación, regulado por los arts. 352 y s. del C. de Pr. Civil (infra, libro VI).

El mandato del abogado es un mandato *asalariado,* que le da derecho a obtener del cliente, no solamente el reembolso de los avances de dinero que haya hecho en la gestión del asunto, en lo que su mandato no difiere del mandato gratuito, sino además el pago de los honorarios profesionales convenidos, o a falta de convenio, consignados como remuneración de sus servicios en la Tarifa de Costas Judiciales.

La acción del abogado contra el cliente tiene que ser ejercida ante el tribunal en que se causaron las costas reclamadas (art. 60 del C. del Pr. Civil). Prescribe por dos años (art. 2273 del C. Civil).

Su cualidad de mandatario asalariado impone al abogado ciertas obligaciones particularmente rigurosas: debe soportar el costo de los actos nulos y de los actos frustratorios que haya preparado o hecho preparar (art. 1031 del C. de Pr. Civil); es responsable frente a la parte de los errores o negligencias en que pueda incurrir en la ejecución del mandato (art. 1992 del C. Civil); debe continuar la gestión del asunto, aun des-

como representante de la parte, y son expuestas antes que el abogado haga la defensa, la que puede ser oída por el tribunal en una audiencia posterior a la en que el procurador presentó las conclusiones; esta defensa, lo mismo que la consulta que el abogado le haya dado al cliente, no son consideradas como actos de representación, sino como actos hechos por el abogado en virtud de una convención cuya naturaleza es discutida, pues en tanto que algunos autores sostienen que esos actos no constituyen contrato alguno, otros admiten que son una locación de obra, otros un contrato innominado y otros un contrato especial de derecho público (Garsonnet y Cézar-Bru, Traité, I, 255; Appleton, Traite de laprofessión d'avocat 218 y sig.;Glasson y Tissier, Tratié 1,119).

pués de terminado el proceso para el cual fue constituido, durante un año más, para los fines de ejecución de la sentencia intervenida (art. 1038 del C. de Pr. Civil).

Naturaleza jurídica de la consulta.— Es muy discutida la cuestión de saber cuál es la naturaleza de la convención intervenida entre el abogado y el cliente, con respecto a la consulta.[58] Se admite casi unánimente que, en lo que a esto se refiere, el abogado no es el mandatario del cliente, pues emitir una opinión o dar un consejo sobre el camino a seguir con respecto a una cuestión de carácter jurídico, no implican representación del cliente por el abogado. Descartada la calificación de mandato, las opiniones se hallan divididas acerca de saber cuál es exactamente la naturaleza jurídica de esas relaciones. Algunos autores les niegan todo carácter contractual, fundándose en que 61 acto de dar consulta, no podría en sí mismo y directamente, formar el objeto de un contrato: la obligación que para ese efecto asume el abogado no engendra contra él ninguna acción contractual, sino la acción en responsabilidad derivada de los art. 1382 y 1383 del C. Civil.[59] Para otros autores, se trata de un contrato innominado, que, como cualquiera otra convención, obliga a todo lo que se ha pactado expresa o implícitamente, conforme a lo que disponen los arts. 107 y 1135 del C. Civil.[60] Se ha sostenido también que las consultas y memorias [61] que emite o prepara el abogado serían una verdadera operación de servicio público, dado el carácter de auxiliar de las partes que tiene el abogado, del monopolio de que disfruta en muchos aspectos de su profesión, y del juramento que debe prestar para ejercerla.[62] Pero la opinión más generalmente admitida ve en las relaciones entre el abogado y el cliente, en lo que respecta a la consulta, una locación de obra, en que el abogado se obliga a ejecutar el trabajo convenido y el cliente a pagar los honorarios estipulados.[63]

(58) Gorsonet y Cesar-Bru, Traite, I, 255

(59) Garsonnet y Cézar-Bm, Traité, I, 255; Glasson y Tissier, Traité, I, 119.

(60) Aubry y Rau, Droit Civil, 5a. ed. IV, 344.

(6 1) Gaisonnet y Cézar-Bni, Traité, I, 255.

(62) Y, eñ Fiancia, también las defensas.

(63) Appleton, Traité de la profesión d'avocat, 223.

Presunción de mandato[S4] La persona frente a quien actúa el abogado en representación del cliente no puede exigirle que pruebe su mandato. La regla se haya consagrada por el art. 17 de la Ley 91 de fecha 3 de febrero de 1983 (V. Supra Monopolio).

Este estatuto modifica el sistema existente antes de la promulgación de dicha ley, en virtud del cual la regla de presunción del mandato en favor del abogado se hallaba implícitamente consagrada por la ley, con respecto a los procedimientos incoados ante el Juzgado de Primera Instancia en materia Civil y en materia Civil y Comercial ante la Corte de Apelación y la Suprema Corte de Justicia por el carácter obligatorio del ministerio de abogado y explícitamente para los asuntos comerciales ante el Juzgado de Primera Instancia y quiebra (art. 618 del Código de Comercio y otros casos).

De conformidad con la nueva disposición citada, existe un estatuto legal que expresamente prevé la obligatoriedad del ministerio de abogado como principio general. Asimismo establece claramente las excepciones.

Para estas excepciones se puede aplicar la regla que dispensa al abogado de la necesidad de exhibir su poder en virtud del principio vigente anteriormente de que su actuación indica que ha recibido implícitamente mandato del cliente, o sea se presume el otorgamiento del mismo. En materia laboral la presunción de mandato había sido consagrada por el art. 16 de la Ley 302 de 1964, sobre honorarios de abogado.

Ejercicio ante todos los tribunales. La persona que reúna las condiciones y cumpla con los requisitos exigidos por la ley, adquiere el derecho de ejercer la profesión de abogado ante cualquier tribunal y en toda materia. La inscripción en el

(64) El art. 34 del Decreto No. 1290 que ratifica el Código de Etica del Colegio de Abogados de la República Dominicana, expresa que "El Abogado debiera celebrar con su cliente el contrato por escrito en el cual se especifican las condiciones de los servicios y todo lo relativo al pago de los honorarios y gastos y se firmará por el abogado y el cliente conservando cada parte un ejemplar del mismo", texto que modifica esa presunción de mandato ya que obliga al abogado a poseer un contrato con su cliente a menos que este texto sea considerado un mero consejo al abogado y a su cliente, pese a sus términos imperativos.

cuadro de un tribunal de primera instancia no indica ninguna limitación de carácter territorial, en el ejercicio de la abogacía.

Incompatibilidades. Salvo para los cargos públicos de carácter judicial, la ley no enuncia directamente cuáles son los oficios, empleos, funciones, estados y profesiones incompatibles con el ejercicio de la abogacía. Sin embargo, esas incompatibilidades pueden ser establecidas indirectamente, tanto por interpretación y comparación de ciertas disposiciones positivas, como tomando en cuenta el carácter intrínseco de la profesión de abogado, según los principios generales de la materia.

En lo que respecta a las incompatibilidades legalmente establecidas, el art. 6 de la L. de O. J., enmendado por la L. 962 de 1928, dispone implícitamente, al estatuir acerca de las incompatibilidades que afectan los cargos de juez, de representante del ministerio público, y todos los empleos judiciales, que la profesión de abogado es incompatible con todos esos cargos y empleos (v. Casación, 21 de noviembre de 1946, B. J. 436, p. 820). Se exceptúa la función de notario público (art. 5, 6 y 15 de la L. del Notariado, Nb. 301 de 1964).

Por el contrario., el ejercicio de la profesión de abogado es compatible, *en principio,* con el desempeño de los cargos públicos que no tienen carácter judicial.

La incompatibilidad entre la profesión de abogado y el desempeño de un empleo particular, la práctica de un oficio, la dedicación a un estado o el ejercicio de otra profesión resulta evidentemente, en primer término, del mismo carácter de la abogacía, que, aunque se ejerce con el fin de obtener los recursos necesarios para vivir, es al mismo tiempo una función de asistencia social, de participación en el ejercicio de la administración de la justicia. En segundo término, y aparte de esas consideraciones deducidas de los principios generales, un texto explícito, el art. 78-b de la L. de O. J., ref. por la L. 97 de 1931, impone al abogado la obligación . de "proceder en el ejercicio de su profesión con *honorabilidad, discreción y actividad":* este precepto tiene el mismo sentido y el mismo alcance que otra de las disposiciones del art. 6 de la L. de O.

J., la que prohibe a los jueces "ejercer otra profesión que los distraiga del cumplimiento de sus deberes oficiales, o que sea incompatible con la dignidad del cargo que desempeñan", puesto que el abogado tiene *deberes* que cumplir en el ejercicio *honorable* de su profesión.

De ambas fuentes, principios generales y ley positiva, se puede inferir que el ejercicio de la profesión de abogado es incompatible, por ejemplo: con el desempeño de un empleo particular, porque la situación del empleado, con relación a la persona que lo emplea, implica relaciones de subordinación o dependencia, que cuadran mal en quien ejerce una profesión que requiere completa independencia; con el ejercicio de cualquiera otra de las llamadas profesiones liberales, porque toda multiplicidad de profesiones se resuelve necesariamente en peijuicio de la cultura y de la actividad que deben distinguir tanto al abogado como a todo otro profesional; con cualquiera ocupación, permanente o accidental, que pueda menoscabar la dignidad de la profesión de abogado, o que impida ejercerla inteligentemente; con el sacerdocio, de cualquier culto, porque requiriendo el estado eclesiástico, para sí, toda la actividad de quien lo tiene, ambas ocupaciones se excluyen recíprocamente, puesto que ambas tienen el mismo carácter absorbente.

Deberes profesionales. Los arts. 78 y 80 de la L. de O. **J.** enumeran los siguientes deberes profesionales del abogado: sustituir a los jueces y los funcionarios del ministerio público en los casos previstos por la ley; expresarse ante los tribunales, y en los escritos o instancias que les dirijan, con respeto y moderación, tanto hacia la parte contra quien actúa como hacia el tribunal; exponer los hechos con claridad y precisión; no emplear medios reprobados por la moral en la defensa de las causas; defender de oficio en los casos determinados por la ley; prestar sus servicios, cuando el tribunal competente lo mande, a la persona que no ha podido encontrar abogado que voluntariamente se encargue de su defensa'[65]!

(65) **Independientemente de estos deberes que podrían ser clasificados como estrictamente legales, el Código de Etica del Colegio de Abogados de la Repú-**

El abogado tiene otras obligaciones profesionales, aparte de las que se acaba de enumerar:, guardar el secreto profesional (art. 337 del C. Penal), no hacerse cesionario de ciertos derechos litigiosos (art. 1597 del C. Civil).[66]

Sumisión a la disciplina judicial. Por el hecho de ser auxiliares de la justicia y de las partes, los abogados se hallan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del juzgado de primera instancia, de la corte de apelación y de **la S.** C. de J. (art. 137 de la L. de O. J.).

El juzgado de primera instancia y la corte de apelación tienen competencia únicamente para imponer a los abogados las penas de admonición, llamamiento al orden y privación del uso de la palabra en audiencia. La S. C. de J. puede naturalmente imponer a los abogados esas mismas penas, y, adema's, tiene competencia exclusiva para pronunciar las de suspensión por tres meses a un año (hasta cinco años en el caso previsto por el art. 707 del C. de Pr. Civil reformado por la L. 764 de 1944), y la radiación del cuadro - de abogados (art. 142 de la L. de O. J.). Puede asimismo la S. C. recomendar al P. E. la privación del exequátur (art. 8 de la L. 111 de 1942).

El Colegio de Abogados. La L. de O. J., art. 128 a 133, siguiendo los precedentes de la legislación anterior (art. 72 de la L. Orgánica de 1884, 75 a 80 de la L. de O. J. de 1908), organizaba un Colegio de Abogados en la Capital de la República, con centros correspondientes en los lugares en que residieran cinco abogados por lo menos, facultado para dictar su reglamento interior. Sus atribuciones eran: informar anualmente a la S. C. de J. acerca de las reformas legislativas que creyera necesario adoptar; coleccionar y anotar las senten-

blica Dominicana (art. 1o. al 72) establece toda una secuela pormenorizada de los deberes profesionales del abogado, que repite, anplía y extiende esos otros deberes la mayoría de los cuales son meros consejos y otros acarrean las sanciones que ese mismo Código organiza en sus art. 73 y sig.

(66)t Baudry Lacantinerie y Saignat, De lávente, 3a. ed„ 258; Planiol y Ripert, Traité Pratique de Droit Civil, X, 326.

cias de la S. C. de J.: asistir a las visitas generales de presos.

El art.. 7 de la L. 962 de 1928 suprimió aquellas disposiciones de la L. de O. J., y por consiguiente el Colegio de Abogados como institución de carácter oficial. Hasta la promulgación de la Ley No. 91 de 1983, que instituye de nuevo el Colegio de Abogados, los colegios o asociaciones de abogados solo podían organizarse como entidades de carácter privado.(67)

La nueva estructura del Colegio de Abogados creado por la Ley 91 de 1983 difiere en varios aspectos a la antigua ley de organización judicial en sus arts. 128 a 133, ampliando sus fines en, algunos tópicos como la posible prestación de servicios a los organismos del Congreso Nacional, pero reduciendo en otros aspectos esos fines cuando suprime la facultad de coleccionar; y anotar las sentencias de la Suprema Corte de Justicia.

Además de esa Ley, por medio de sendos decretos del Poder Ejecutivo Nos. 1289 y 1290 de fechas 2 de agosto de 1983 se ratifican tanto el Estatuto Orgánico del Colegio como el Código de Etica Profesional, aprobados por la Asamblea del Colegio.

Siendo sumamente prolijo el análisis pormenorizado de estos tres textos legales, resaltaremos las cuestiones que consideramos esenciales o de naturaleza contradictoria con otras disposiciones legales. Cuando tratemos los aspectos de los

(67) La exposición de motivos de la ley que suprimió el Colegio de Abogados expresa: "La Suprema Corte de Justicia no hubiera sido consecuente con su propósito, de corregir en la ley de Organización Judicial por ella iniciada, los errores de la Ley de 1908, si hubiera suprimido las disposiciones de esta última Ley relativa al "Colegio de Abogados". . . "El Colegio de Abogados no es una institución judicial, sino una organización profesional; y como tal, está completamente fuera de lugar en la Ley de Organización Judicial, que sólo debe ocuparse de instituciones, funcionarios y empleados judiciales. Los abogados individualmente, son auxiliares de la justicia; pero la corporación constituida por ellos, no ejerce ninguna función judicial". Esos argumentos no prueban que era necesario suprimir el Colegio de Abogados, sino todo lo contrario. Si, individualmente, los abogados son auxiliares de la justicia, las actividades de su corporación interesan necesariamente a la organización judicial y a la buena marcha de la justicia, lo cual debe ser materia a tratar en la legislación relativa ala organización judicial. Esas y otras razones tal vez mejores no fueron vistas ni sopesadas por el Congreso, en donde había varios abogados, y la reforma, una de las más desacertadas que se hayan propuesto, fue votada sin oposición ni reservas.

honorarios del abogado, en el capítulo referente a los aspectos judiciales, enfocaremos también sus partes esenciales.

El art. 1 de la ley 91, define al Colegio como una "Corporación de derecho público interno de carácter autónomo y con personalidad jurídica propia".

Los arts. 2 al 11 de dicha ley se refieren respectivamente a los fines del colegio, calificación de los miembros, su organización interna, franquicias y cuotas, los cuales, salvo el art. 4 no merecen análisis especial.

La combinación de los artículos 4, 12, 13, 17 y 18 de la Ley, permite establecer las premisas acerca de la calificación de sus miembros y el ámbito de aplicación de la misma.

Si bien el art. 4 al expresar que "serán miembros del Colegio de Abogados de la República Dominicana todos los abogados que estén admitidos a postular ante los- tribunales de la República", parece referirse únicamente al ejercicio ante los mismos; los claros términos de los artículos 12, 13, 17 y 18 no dejan dudas acerca de la amplitud de su aplicación. Copiamos a continuación sus textos:

Art. 12.- A los efectos de la presente Ley se entiende por actividad profesional del abogado el desempeño de una función propia de la abogacía o de una labor atribuida en razón de una ley especial a un egresado universitario en derecho, o aquellas ocupaciones que exijan necesariamente conocimientos jurídicos. Se entiende por ejercicio profesional la realización habitual de labores o la prestación de servicios a título oneroso o gratuito, propios de la abogacía, sin que medie nombramiento o designación oficial alguna.

Art. 13.— Quedan sometidos a la presente Ley y, en consecuencia, sujetos a los mismos derechos y obligaciones, los abogados que sean: docentes o investigadores del país, todos los jueces de la República; defensores de oficio; representantes del Ministerio Público; Notarios y Consultores o Asesores Jurídicos de personas físicas o morales, tanto públicas como privadas y, en general, todo abogado que en ejercicio de una función y en razón de sus conocimientos especiales

en derecho, frente a terceros de manera pública o privada preste el concurso de su asesoramiento.

Art. 17.— Toda persona física o moral, asociación de cualquier tipo que sea, corporación o persona de derecho público interno de la naturaleza que fuere, para ostentar representación en justicia deberá hacerlo mediante constitución de abogado. En consecuencia, los magistrados jueces de las órdenes judicial y contencioso-administrativo sólo admitirán como representantes de terceros a abogados, debidamente identificados mediante el carnet expedido por el Colegio.

Solo se exceptúan de esta regla la materia laboral y la acción constitucional de Habeas Corpus.

Asimismo podrán postular en materia criminal los estudiantes de derecho, debidamente identificados y autorizados por el Juez Presidente del Tribunal.

PARRAFO: La violación de las disposiciones de este artículo se castigará con la destitución del cargo y la nulidad absoluta del acto.

Art. 18.— Los jueces, miembros del Ministerio Público, Registradores de Títulos, Secretarios Administrativos e Inspectores Fiscales se abstendrán de protocolizar o dar curso a escrituras contentivas de actos traslativos o declarativos de propiedad, documentos relativos a constitución o liberación de gravámenes, contratos de cualquier naturaleza, poderes, documentos que deban inscribirse en los registros que sean, instancias, escritos de defensas, réplicas, memoriales, declaraciones de herencia, documentos supletorios o complementarios y en general, toda especie de escrituras que versen sobre cualquier derecho, si dichos documentos no han sido redactados y firmados por un abogado o notario público, el cual deberá indicar, el número correspondiente a su matrícula en el Colegio de Abogados de la República. Todo ello, sin perjuicio de la excepción contemplada en el artículo precedente.

PARRAFO: Cuando se pretenda que un documento redactado en el extranjero surta efectos en la República Dominicana, el mismo deberá ser firmado por un abogado en ejercicio en el país.

Como se observa, en cuanto a la sujeción de los aboga-

dos a esas y otras disposiciones legales derivadas de la ley y los decretos conexos, premencionados, los arts. 12 y 13 son prolijos en crear un ámbito de aplicación que abarca a todo aquel que esté inscrito en él y se relacione con el trabajo jurídico.

Los arts. 17 y 18 establecen firmemente el monopolio del abogado en materia jurídica, creando las prohibiciones necesarias a todas las instituciones del país, públicas o privadas del uso de personas no abogados y no inscritos en el Colegio para la realización de cualquier actividad relacionada con el derecho (V. Monopolio)[68]

En el art. 19 la Ley define el ejercicio ilegal de la profesión de abogado, incluyendo a la persona graduada de abogado que ejerza sin estar inscrita en el Colegio.

El Decreto No. 1289 de fecha 2 de agosto de 1983 qué ratifica el Estatuto orgánico del Colegio en sus art. 1 al 31 prevé la sede y los fines del Colegio; la calidad dé miembro; requisitos de inscripción; derechos y deberes del colegiado; la firma del abogado y otros datos internos.

El régimen de asistencia social previsto en el art. 32 merece destacarse pues prevé que el Colegio destinará el 70o/o de los ingresos a tales fines.

Los arts. 38 al 80 se refieren al funcionamiento interno y sus órganos institucionales, reglas comunes a esa clase de entidad lo cual no amerita comentario especial.

Los arts. 81 al 89 prevén las atribuciones y procedimientos del Tribunal disciplinario.

Los arts. 90 al 117, establecen las normas para las elecciones de directivos del Colegio.

Los arts. 118 y 119 preveen las reformas al estatuto orgánico.

El Código de Etica del Colegio ratificado por el Decreto número 1290 del Poder Ejecutivo, que consta de 77 artícu-

(68) La previsión del art. 18 de la L. 91 plantea una: incógnita acerca del alcance del monopolio y la obligatoriedad del ministerio del abogado, que de acuerdo con dicho texto parece incluir todos los aspectos referentes al apoderamiento de oficinas públicas en materia puramente administativa, lo cual, desde su ámbito tan extenso, no se está llevando a cabo en la práctica.

los, no puede ser analizado íntegramente en esta obra, por lo cual nos limitaremos a efectuar un análisis de los aspectos básicos.

De esos textos, es preciso señalar que una buena parte de los mismos son meros consejos al abogado, por no existir sanción especifica.

Existen algunas de sus disposiciones que contradicen otras disposiciones legales o principios del proceso dominicano reconocidos unánimemente.

A título de ejemplo nos referiremos a los arts. 26 y 34 de dicho Código de Etica.

El artículo 26 expresa que "el abogado no debe olvidar que el derecho de representación se le otorga en consideración a su título y no le faculta para actuar en beneficio propio, *sino que antes cuanto obtuviera dentro de su gestión pertenecerá exclusivamente a su cliente.* Esta última frase parece desconocer la cuota litis, convenio legalmente aceptado que permite al abogado cobrar en naturaleza parte de lo que pertenece o pueda pertenecer a su cliente.

Asimismo cuando el art. 34 expresa que "el abogado deberá celebrar con su cliente el contrato por escrito, en el cual se especificarán las condiciones de los servicios y todo lo relativo al pago de los honorarios y gastos y se firmará por el abogado y el cliente, conservando cada parte un ejemplar del mismo", evidentemente contradice el principio de la presunción del mandato (V. supra, *Presunción de Mandato),* según el cual el abogado no tiene que poseer por escrito la autorización para actuar y se presume su mandato.

Estos dos yerros y otros que puedan ser señalados deben ser objeto de enmienda a la ma's pronta oportunidad. Mientras tanto, deben considerarse como meros consejos al abogado y no obligaciones legales.

SECCION ni - SECRETARIOS

Situación del secretario. El secretario es, al mismo tiempo, funcionario público y oficial ministerial encargado de

asistir al tribunal o al juez en todas sus operaciones, así como de redactar, conservar y expedir los actos emanados de ellos (art. 1040 del C. de Pr. Civil, 72 de la L. de O. J.)[69]

Nombramiento. Los secretarios de los tribunales son nombrados por el Poder Ejecutivo conforme dispone la L. 1936 de 1948.

Atribuciones. La principal atribución del secretario es asistir al tribunal o al juez en todos los actos de su ministerio, a pena de nulidad, conforme lo dispone el art. 1040. Excepcionalmente, la asistencia del secretario no es necesaria cuando el juez dicta un auto del cual no hay que guardar original.

Todo secretario, de un modo general, desempeña, además, diversas funciones: prepara, bajo la supervigilancia del juez presidente, las sentencias, los autos y demás actos emanados del tribunal o del juez; conserva los originales de esos actos, y expide copias ejecutorias a todo el que las solicita (art. 545, mod. por la L. 679 de 1934 y 853); redacta las actas que las partes tienen que otorgar en secretaría, y las firma con ellas; sirve de intermediario entre el tribunal y las partes en los procedimientos relativos a la recusación (art. 45 y 384), y a la acción en responsabilidad civil contra los jueces en caso de denegación de justicia (art. 507).

El secretario del juzgado de primera instancia tiene, particularmente, entre otras, las siguientes atribuciones: visa algunos actos de citación (art. 967); recibe ciertas declaraciones, como por ejemplo de renunciación a sucesión o a comunidad (art. 784 y 1457 del C. Civil, 997 del C. de Pr. Civil), de aceptación de sucesión bajo beneficio de inventario (art. 793 del C. Civil), de puja ulterior (art. 965 y 988 del C. de Pr. Civil); interviene en los procedimientos relativos a la distribución a prorrata y al orden (art. 658 y s., 749 y s. delC. de Pr. Civil); cita a los acreedores en el procedimiento del orden (art. 751 del C. de Pr. Civil); en materia de quiebra, tiene las indicadas en el libro III del C. de Comercio.

(69) Glasson, Piecis de Procedure Civile, 2a. ed„ 1, 168.

Tanto el secretario del juzgado de paz como el del juzgado de primera instancia llevan los registros relativos a la constitución, modificación y disolución de las compañías de comercio y de las asociaciones (art. 42 y 46 del C. de Comercio, 4 de la L. 520 de 1920); uno u otro secretario, cada uno en su caso, con funciones análogas a las del alguacil, cita al cónyuge contra quien el otro entabla una reclamación (art. 213, 214 y 216 del C. Civil).

El secretario del T. de T. trasmite los avisos de emplazamiento para presentar reclamaciones y comparecer (art. 664 y s. de la L. de R. de Tierras).

SECCION IV - ALGUACILES

Clasificación y funciones. Los alguaciles son de *estrados y ordinarios.* Funcionan ante todos los tribunales con excepción del T. de T.

Los alguaciles de estrados están destinados a servicio y al mantenimiento del orden interior del tribunal; llevan, además, el registro de las causas de estrado, y las llaman a la vista en audiencia, por orden del presidente del tribunal (art. 85 y 86 de la L. de O. J.).

Los alguaciles ordinarios tienen a su cargo, principalmente, la preparación de los actos judiciales y extrajudiciales que los interesados les requieran.

Los alguaciles ordinarios pueden reemplazar a los de estrados. Ambos tienen igual calidad para preparar los actos de alguacil, salvo los casos en que la ley dispone otra cosa (art. 81 y 87 déla L. de O. J.).

Las partes no pueden prescindir, ni aun de común acuerdo, del ministerio del alguacil para la preparación de los actos procesales, salvo los casos en que la ley dispone lo contrario, bajo pena de nulidad, por violación de una regla de orden público (art. 81 de la L. de O. J.).

Por otra parte, el alguacil no puede negarse a preparar ningún acto de su ministerio sin excusa legal, bajo pena de destitución (art. 83 de la L. de O. J.).

Nombramiento. Los alguaciles tanto ordinarios como de estrados son nombrados por el P. E., según resulta de lo dispuesto en la L. 1736 de 1948.

Competencia. Los alguaciles tienen competencia *territorial,* limitada al territorio del tribunal en que ejercen sus funciones: es, por consiguiente, comunal, o reducida a una parte de la común cuando ésta incluye varias circunscripciones, para los del juzgado de paz, provincial para los del juzgado de primera instancia[70], departamental para los de la corte de apelación, nacional para los de la S. C. de J.

SECCION V - OTROS OFICIALES MINISTERIALES

Intérpretes judiciales. Sus funciones consisten, de acuerdo con lo que disponen los art. 101 y 106 de la **L.** de O. J., en traducir al castellano los documentos y declaraciones emitidos en lengua extranjera ante cualquier tribunal, juzgado de instrucción o representante del ministerio público.

Además de las condiciones generales requeridas para los auxiliares de la justicia, los intérpretes judiciales deben conocer, por lo menos, el francés y el inglés (art. 100 de la L. de O. J.).

Los intérpretes judiciales son nombrados por el P. E. (art. 99 de la L. de O. J.).

La ley no atribuye carácter de autenticidad a las traducciones hechas por los intérpretes judiciales, sino el de testimonios, las cuales deben simplemente ser certificadas como fieles y conformes al original (art. 101 de la L. de O. J.). Por consiguiente, su inexactitud podría ser establecida libremente.

A falta de intérprete judicial, o cuando se trata de hacer alguna traducción de un idioma que no conozca el intérprete judicial, los tribunales pueden, o nombrar intérprete judicial ad hoc a una persona que posea el idioma en que se hace la de-

(70) Respecto de la competencia de los alguaciles del j. de paz v. Casación, 31 de julio, 1950. B. J. 480, p. 632. Respecto de los j. de primera instancia divididos en cámras, v. el art. 82 párrafo, de la L. de O. J. mod. por la L. 44 de 1963.

claración o se halla escrito el documento que se trata de traducir, o aceptar la traducción hecha poruña persona de reconocida honorabilidad, que jure o afirme que la traducción hecha por ella es conforme al original (art. 107 y 108 de la L. de O. J.).

Los intérpretes judiciales deben llevar un registro autorizado por el juez de primera instancia, en el que anotarán sumariamente, por orden de fechas, las traducciones que hagan, con indicación del lugar, la fecha y los sellos de rentas internas aplicados (art. 104 de la L. de O. J., ref. por la L. 980 de 1935).

Notarios Públicos. El Art. 5 de la L. del Notariado No. 301 de 1964, exige como requisitos para ser notario público los de ser dominicano, estar en el goce de los derechos civiles y políticos, tener 25 años de edad; poseer el título de doctor o licenciado en derecho o de notario, ser de buenas costumbres, comprobado por una certificación expedida por el síndico del domicilio del interesado, poseer la capacidad física y mental para el desempeño de las funciones de notario; y no haber sido condenado judicialmente por crimen o delito contra la propiedad o las buenas costumbres, lo cual deberá comprobarse por una certificación expedida por el Procurador General de la República.

Las atribuciones generales de los notarios públicos, están consigandas en el art. lo. de la citada ley: son los oficiales públicos instituidos para recibir los actos a los cuales las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad inherente a los actos de la autoridad pública y para darles fecha cierta, conservarlos en depósito y expedir copias de los mismos. Tendrán asimismo facultad para legalizar las firmas o las huellas digitales de las partes en la forma establecida por dicha ley.

Además de esas atribuciones generales, los notarios han recibido, en virtud de disposiciones particulares, cuyo estudio incumbe al derecho procesal civil, otras funciones como por ejemplo: representar a los presuntos ausentes en los inventarios, cuentas, liquidaciones y particiones en que esas personas se encuentran interesadas (art. 113 del C. Civil); pro-

ceder a algunas operaciones relativas a la partición (art. 828 del C. de Pr. Civil y 976 del C. Civil), proceder o concurrir a ciertas ventas judiciales (art.. 459, y 827 del C. Civil; 743, 954, 970, 986 y s., 1001 delC. de Pr. Civil).

Venduteros públicos[71]. Tienen competencia exclusiva para efectuar las ventas mobiliarias en subasta, excepto las que se hacen en ejecución de la L. 1841 de 1946 sobre préstamos (Casación, 31 de octubre de 1935, B. J. 303, p. 423), pero los alguaciles tienenigual competencia que los venduteros públicos para realizar la venta de los muebles cuyo embargo han hecho (art. 114 de la L. de O. J.).

Los venduteros públicos son nombrados por el P. E., en número de tres para la Capital, dos para San Pedro de Macorís y para Puerto Plata, uno para cada otra cabecera de provincia y para cada puerto habilitado para el comercio exterior; ese número puede ser aumetnado por el P. E. (art. 113 y 116 de la L. de O. J.). Puede exigírseles la prestación de una fianza, (art.l 15 de la L. de O. J. mod. por la L. 325 de 1943).

Los actos de venduteros son auténticos (art. 125 de la L. de O. J.).

Los venduteros públicos deberán llevar dos libros, autorizados por el juez de primera instancia o por el juez de paz, uno para anotar los efectos que se les entreguen para ser vendidos, y otro para asentar las ventas (art. 123 y 127 de la L. de O. J.).

Los venduteros públicos no pueden ejercer el comercio (art. 117 déla L. de O. J.).

Médicos legistas. Tienen como función suministrar a las autoridades judiciales los informes médico-legales que les sean requeridos en caso de investigación judicial, y asimismo en todos los casos en que sean necesarios para esclarecera los tribunales (art. 112 de la L.de O. J.).

(71) El oficio de vendutero público puede considerarse prácticamente desaparecido. En la actualidad son los alguaciles casi con exclusividad los que realizan las ventas de muebles. Tanto es asi que el número de venduteros públicos designados por el P. Ejecutivo en toda la República se ha reducido a dos de los cuales uno está al servicio de la Dirección General de Aduanas, según información obtenida en la Procuraduría General de la República.

Los médicos legistas son nombrados por el P. E., uno para cada distrito judicial. Además de las condiciones generales exigidas de todos los auxiliares de la justicia, los médicos legistas deben poseer el diploma que los acredite para el ejercicio de la medicina (art. 109 y 110 de la L. de O. J.).

SECCION VI - OTROS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

Abogados de oficio. La defensa gratuita o de oficio, en favor de los pobres, en toda materia y ante todos los tribunales, es uno de los deberes de los abogados (art. 78-d de la L. de O. J., ref. por la L. 97 de 193 1).

Para hacer más efectivo este servicio de asistencia social, se han creado los cargos de *abogados de oficio,* como auxiliares de la justicia, a sueldo del Estado, adscritos a las cortes de apelación o a los juzgados de primera instancia, cuyo deber es "hacer una defensa completa por ante la jurisdicción ante la la cual actúan, sin solicitar ni percibir de los acusados ni de ninguna otra persona física o moral remuneración alguna por dicha defensa" (art. 1 de la L. 127 de 1942).

Agrimensores. Los agrimensores son auxiliares técnicos de los tribunales de tierra. Están encargados de hacer, bajo la supervigilancia de la Dirección General de Mensuras Catastrales, la mensura catastral de los terrenos a cuyo saneamiento va a proceder el T. de T., y de levantar los planos correspondientes, con todas las indicaciones que permitan al tribunal decidir acerca de los derechos invocados por los reclamantes.

Los deberes y prerrogativas de los agrimensores encargados de una mensura catastral se hallan consignados principalmente en los arts. 40 y s. de la L. de R. de T. y el Reglamento General de Mensuras Catastrales No. 9655 de 1954.

SECCION VII - OTROS FUNCIONARIOS

Conservadores de hipotecas[72]. Sus atribuciones están

(72) **Este asunto entra principalmente en el dominio del derecho civil, por hallarse comprendido en el estudio del régimen de la propiedad inmobiliaria. Si se hace aquí esta ligera referencia al tema es únicamente en cuanto se relaciona con el funcionamiento de los tribunales.**

reguladas por diversas disposiciones del C. Civil y del C. de Pr. Civil, y principalmente por la L. del 21 de junio de 1890, sobre el registro y conservación de hipotecas(73)

Las funciones de los conservadores de hipotecas consisten: 1ro., en transcribir en los libros correspondientes los actos mediante los cuales son creados o modificados el derecho

(73) Aunque es bastante limitado el valor de los témiinos empleados por el legislador en la lúbrica de ley, es oportuno recordar los puntos más salientes de la evolución histórica de las funciones de los conservadores de hipotecas. Las primeras disposiciones acercadel asunto fueron dictadas por la L. sobre organización de la conservaduría de hipotecas, del 10 de julio de 1848. Esta ley se refería, naturalmente, a las formalidades de publicidad existentes en el C. Civil. Las funciones del conservador de hipotecas eran ejercidas, de acuerdo con los arts. 2 y 3, por los secretarios de la S. C. de J. y del T. de Apelación de Santiago. El mismo título lleva el D. del 16 de septiembre de 1865, que confió las funciones de conservador de hipotecas al director del registro, sistema que fue mantenido, sucesivamente, por la L. sobre registro de conservación de hipotecas, del 21 de abril de 1885, y por la L. sobre registro y conservación de hipotecas del 21 de julio de 1890, ley ésta que difiere tan solo muy ligeramente de la anterior, y que rige actualmente con algunas modificaciones. Tanto la L. de 1885 como la de 1890 con imitaciones de la L. francesa del 23 de marzo de 1855, sobre transcripción en materia hipotecaria, dictada para reorganizar la publicidad inmobiliaria, casi totalmente omitida en el C. Civil de 1804. Es obvio que, aunque podría prestaise a criticas, la rúbrica de la L. francesa del 1855 es más exacta que los títulos de nuestras leyes de 1885 y 1890. En éstas, en efecto el empleo de la palabra registro podría hacer incurrir en error al estudiante, ya que el vocablo registro, dejando a un lado las significaciones que tiene en el derecho administrativo y en el derecho inte macional público, tiene en derecho civil y en derecho comercial diversas y hasta contrapuestas acepcio- «es registros del estado civil son los libros en que el oficial del estado civil levanta las actas relativas al estado civil (art. 40 y s. del C. Civil, 5 de la L. 1044 de 1928 sobre matrimonio L. 659 de 1944); registros de los comerciantes son los libros de contabilidad que llevan los comerciantes (arts. 1329 y 1330 del C. Civil); registros y papeles domésticos sonlas escrituras de toda naturaleza y forma que lleva una persona que no es comerciante (art. 1331 del C. Civil); registros públicos son, para el art. 853 del C. de Pr. Civil,-» solamente los libros, sino también los documentos de que se compone el archivo de ciertos oficiales públicos, como por ej. los secretarios judiciales y conservadores de hipotecas; registro, en el sentido con que lo emplea la L. de registro de los actos civiles, judiciales y extrajudiciales, del 20 de mayo de 1885, es una formalidad que consiste en analizar en un libro al efecto destinado el contenido de ciertos actos, principalmente con el fin de percibir un derecho fiscal, el derecho de registro; registro, en fin en el sentido en que lo emplea la L. de R. de T., es el acto constitutivo del derecho real inmobiliario, y de algunos otros derechos registrados, y que consiste en hacerlo figurar en una de las hojas del libro registro de la oficina del registro de títulos correspondiente, es decir, en un certificado de título (art. 176 y s. de la L. de T.). Este último sentido de la palabra registro es muy distinto de los anteriores, y muy particularmente del que tiene en la L. del 20 de mayo de 1885: aquí, registro y derecho registrado pueden ser considerados como la misma cosa; por el contrario, en la acepción de la L. del 20 de mayo de 1885 registro es una formalidad que se cumple en relación con un acto, que da a ese acto una publicidad especial y le confiere fecha cierta, sise trataen un acto bajo firma privada (art. 1328 del C. Civil).

de propiedad y los demás derechos reales inmobiliarios susceptibles de hipoteca (v. art. 27 y s. de la L. del 21 de junio de 1890, 12 de la L. 1024 de 1928 sobre el bien de familia y sus modificaciones); 2o., en inscribir en los libros correspondientes los actos constitutivos de privilegio o de hipoteca (art. 2146 y s. del C. Civil, 9 y s. de la L. del 21 de junio de 1890); 3o., en mencionar ciertos actos al margen de la transcripción o de la inscripción de otros actos, como por ej. la de la transferencia de una hipoteca al margen de la inscripción de ésta (art. 14 de la L. del 21 de junio de 1890), la de la resolución de una venta al margen de la transcripción de ésta.

En ciertos casos, el conservador de hipotecas, a requerimiento de parte interesada, procede a cumplir una u otra de esas operaciones, sea en virtud del efecto producido por una sentencia, como ocurre con la inscripción de la hipoteca judicial (art. 2125 del C. Civil), y con la transcripción de la sentencia de adjudicación sobre embargo inmobiliario (art. 750 del C. de Pr. Civil y 27 de la L. del 21 de junio de 1890), sea en ejecución de lo dispuesto por una sentencia, como ocurre con la anotación que debe hacer, al margen de la transcripción de un acto, de la sentencia que pronuncie la resolución, la nulidad o la rescisión de ese acto (art. 30 de la L. del 21 de junio de 1890).

Es en este último caso, el de ejecución de lo dispuesto por una sentencia, cuando aparece el aspecto de las funciones del conservador de hipotecas como ligadas, en una cierta medida, a la administración de la justicia: el conservador de hipotecas procede aquí, no meramente a dar publicidad en los registros al contenido de una convención en que las partes revocaran, resolvieran o rescindieran un acto transcrito o inscrito, sino a ejecutar la disposición de una sentencia que pronuncia la revocación, la resolución, la anulación o la rescisión de un acto transcrito o inscrito, por medio de una mención (o anotación) que opera, según los casos, sea la radiación de la transcripción de ese acto (art. 30 de la L. del 21 de junio de 1890), sea la cancelación o la reducción de la inscripción hipotecaria hecha en virtud de ese acto (art. 2157 y s.

del C. Civil, 23 y s. de la L. del 21 de junio de 1890).

Por otra parte, las oficinas de los conservadores de hipotecas están bajo la inmediata vigilancia e inspección del j. de primera instancia y del procurador fiscal (Art. 43 de la L. del 21 de junio de 1890). No obstante, el conservador de hipotecas no es un oficial ministerial, ni tampoco un funcionario del orden judicial.

Registradores de Títulos. Está atribuida a los registradores de títulos la preparación de los actos concernientes al sistema de publicidad inmobiliaria organizado por la L. de R. de Tierras respecto de los inmuebles registrados, *registro* de derechos y *anotaciones.* A estas operaciones procede el registrador de títulos a requerimiento de la parte interesada, tal como procede, en su caso, el conservador de hipotecas respecto de los inmuebles no registrados (art. 168 de la L. de R. de Tierras).

Es en el momento de practicar el *primer registro* cuando se destaca más claramente la naturaleza de las relaciones entre el registrador de títulos y el T. de Tierras. Este primer registro es, en efecto, un registro de carácter judicial: es el acto final de ejecución de la sentencia definitiva dictada por el T. Superior de Tierras acerca del proceso de saneamiento, en la cual ordena el *registro* de cada derecho o interés en favor de cada titular de los mismos. El primer acto de ejecución de esa sentencia ha sido el decreto de registro, acto que prepara el Secretario del T. de Tierras, en que hace constar todo lo concerniente al derecho o interés cuyo registro fue ordenado. El segundo y último acto de ejecución es la expedición del primer "certificado de título", o certificado "original" de título, que emana del registrador de títulos, y consiste en transcribir el decreto de registro en una hoja del libro registro (art. 168 y s. de la L. de R. de T.).

Después de ese primer registro, los actos emanados de las partes interesadas, como por ej. una venta, una hipoteca, etc., y los actos judiciales que afectan los derechos de las partes interesadas, como por ej. una sentencia mediante la cual sea vendido en subasta un inmueble registrado, dan motivo,

como se ha visto, al registro de nuevos derechos; pero el Registrador de Título practica este nuevo registro, en principio, sin la intervención judicial (art. 185 y s. de la L. de R. T.), salvo, por ej., los casos de pérdida del duplicado certificado de título del causante de la persona que requiere el registro, y de negativa de ese causante a entregar el certificado duplicado de título en su poder (art. 179, y s. de la L. de R. de T.).

Otro caso en que el registrador de títulos procede al ejercicio de sus funciones en ejecución de un acto emanado de un órgano judicial, es el del fallecimiento del titular de un derecho registrado (infra, libro VI).

LIBRO III

ACTOS Y PLAZOS PROCESALES (*)

CAPITULO I - LOS ACTOS PROCESALES

SECCION I - GENERALIDADES

Cuáles son y **en qué consisten.** Todos los procedimientos ya se trate de un procedimiento contencioso o proceso propiamente dicho, llamada también ***instancia,*** ya se trate de un procedimiento no contencioso, como una autorización o una homologación, ya se trate de los procedimientos ejecutorios, como los embargos, se componen de una serie de actos, que pueden llamarse actos del ***procedimiento,*** en un sentido general. Los actos que emanan de las partes son preparados, según los casos, o por ellas mismas o por un oficial público, alguacil, secretario judicial, etc. **Se** llama ***actos de procedimiento*** a estos últimos, porque con ellos las partes inician o impulsan el procedimiento. Los que emanan del juez, aunque pertenecen también al procedimiento, no son actos de procedimiento, sino ***actos jurisdiccionales,*** unos, ***y actos de administración judicial,*** otros, según su carácter intrínseco.

Todos los actos del procedimiento son manifestaciones de voluntad, de carácter procesal. En los actos jurisdiccionales y de administración judicial esa manifestación de voluntad presenta un carácter distinto del que tiene en los actos de procedimiento, porque en ellos el juez actúa, aunque impulsado por las partes, en nombre del Estado, como portavoz de la función jurisdiccional, y no en nombre de las partes. (V. cas. 9 de octubre de 1958, B. J. 579, p. 2211).

(*) **PANDECTAS FRANÇAISES, art. Délais; Rousseau y Laisney. DICTIONNAIRE DE PROCEDURE, art. Délai; Dalloz. REPERTOIRE PRACTIQUE, art. Délais, Glasson y Tissier, Traité II, 419 y s., Garsonnet y Cézar-BJU, TIBÍ té, II, 66 y s., 85 y s. H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo 1, p. 308 y s.**

Doble significación. Con la palabra acto se expresan en el derecho procesal, lo mismo que en el derecho civil, dos nociones distintas, aunque correlativas e interdependientes.

Acto significa, en primer término, una declaración de voluntad, una actuación jurídica emanada de una parte, sea directamente, sea por mediación de un abogado o de un oficial ministerial: demanda, intimación, solicitud, declaración, conclusiones; o emanada del juez: sentencia, auto. Se hace referencia entonces al negocio jurídico en sí mismo, ***negotium.***

En segundo lugar con la palabra ***acto*** se designa el escrito, ***instrumentum,*** mediante el cual se manifiesta casi invariablemente el acto jurídico procesal. En esta segunda acepción se dice frecuentemente ***acta,*** como se ve por ejemplo en el art. 61 del C. de Pr. Civil.

Debido al predominio del formalismo en el derecho procesal, casi siempre que se habla del ***acto*** en esta materia, especialmente cuando se hace referencia a sus condiciones de validez o a las formalidades con que debe prepararse, se hace referencia al ***instrumento,*** al ***acta,*** no al negocio jurídico en sí mismo. Sin embargo, hay en los actos del procedimiento requisitos o condiciones de validez que incumben al fondo mismo del acto, y no a su forma, como, entre otros, los relativos a la capacidad, al interés, etc., de las partes que figuren en el acto.

Reglas comunes. Dos reglas fundamentales tienen que ser observadas en la preparación de los actos, tanto de procedimiento como jurisdiccionales y de administración judicial:

la. Los actos más importantes deben ser otorgados por escrito, en idioma español[1]. Esta exigencia se justifica por la

(1) Esto último en virtud de lo dispuesto por la L. del 18 de julio de 1912. No obstante ser el español o castellano, de acuerdo con la ley, el idioma oficial de la República, en muchas ocasiones se han empleado, en actos extrajudiciales o judiciales ciertas expresiones extranjeras: se ha hablado por ej. de pronunciar un *défaut congé, o* **de decidir el** *defaut profit joint,* **o de que un ovenir intervino en el curso del procedimiento (esto lo hace también el le-**

necesidad de comprobar fielmente el tenor de cada acto, y de conservarlo archivado por el oficial que lo instrumenta, o en el expediente del caso. Por excepción, cuando el procedimiento es puramente oral, como son el procedimiento ante el juez de paz, el procedimiento de los asuntos comerciales ante el juzgado de primera instancia, y el procedimiento ante el T. de T., las manifestaciones de voluntad emanadas de las partes pueden ser puramente verbales; pero en los dos primeros casos son recogidas por el secretario en la hoja de audiencia, y en el T. de T. se transcriben íntegramente en el acta de la audiencia (art. 23 de la L. de R. de T.)

2a. Todos los actos deben contener ciertas menciones esenciales e indispensables, sin las cuales no se conseguiría la finalidad que se persigue con cada acto; pero esto no obsta para que puedan ser enunciadas en términos cualesquiera, siempre que correspondan exactamente a la índole del acto de que se trata. No existen, pues, ***palabras sacramentales*** para expresar las enunciaciones contenidas en los actos del procedimiento. Es el principio de los ***equivalentes o equipolentes.***

Prueba. El acto, sea de procedimiento propiamente dicho, jurisdiccional o de administración judicial, debe no solamente ser hecho con las formalidades legales, sino también enunciar expresamente el cumplimiento de esas formalidades, de tal manera que haga por sí mismo prueba de su existencia y de su regularidad.

Por consiguiente, la prueba de la existencia o de la regulidad de los actos de procedimiento tiene que ser hecha y no puede ser hecha de otro modo que con la exhibición del acto

gislador en la L. 362 de 1932), o de que se trataba de relaciones entre un mandante y su *preposé.* Un ejemplo reciente lo constituye la L. 834 de 1978, que modifica varias disposiciones del C. de Pr. Civil relativas al proceso, al usar la expresión *le contredit* a seguidas de la impugnación (Art. 8 a 27 de la indicada ley). Parece conveniente desterrar definitivamente esas expresiones extranjeras de nuestro vocabulario judicial, por impropias e innecesarias. Para elproblemaen derecho francés, v. Pierre Mimin, Le style des ju^iements, 2a. ed„ 17 y s. Es aceptable, en cambio de acuerdo con la opinión general, el empleo de algunas máximas o locuciones latinas generalmente recibidas, en los muy contados casos en que su empleo sea indispensable, por constituir la mejor manera de expresar un principio una acción o un concepto.

mismo, no pudiéndose recurrir a medios extrínsecos de prueba para establecer que el acto existe, o que las formalidades legales fueron cumplidas al momento de ser preparado.

Notificación.Para que la mayor parte de los actos del procedimiento produzcan sus efectos propios es indispensable que sean notificados a la parte que deba ser informada acerca de ellos. De lo contario el acto debe ser tenido por inexistente con respecto a esa parte, aun cuando lo haya conocido por otros medios: ***Paria sunt non esse et non significan.*** La notificación consiste en hacer llegar una copia del acto a manos de la persona interesada.

La notificación se hace ordinariamente por ministerio de alguacil, salvo los casos en que la ley dispone de otro modo, como por ejemplo en el previsto por el art. 214 del C. Civil, reformado por la L. 855 de 1978, y 751 del C. de Pr. Civil.

SECCION II - ACTOS DE ALGUACIL

Diferentes clases. En términos generales, toda manifestación de voluntad de una parte, de carácter procesal, que deba ser llevada a conocimiento de otra, debe serlo por ministerio de alguacil[2] Además, el alguacil tiene por misión proceder a ciertas comprobaciones y ejecuciones. Los actos que el alguacil tiene que preparar para esos diversos fines pueden agruparse en las siguientes cinco categorías:

1 a. Las ***citaciones*** son los actos por medio de los cuales una persona llama a otra para que comparezca en justicia.

(2) Excepcionalmente la citación se hace por medio del correo en los casos pievistos en el Art. 214 del C. Civil, ref. por la L. 865 de 1978, y por medio del correo, de publicaciones en la prensa y de fijación en ciertos lugares, en los procedimientos que se siguen de acuerdo con la L. de R. de T. El acto de protesto de un efecto de comercio puede ser preparado también porun notario, de acuerdo con el Art. 173 del C. de Comercio. En los dos primeros casos hay exclusión del ministerio del alguacil; en el último caso hay concurrencia entre el alguacil y otro oficial público. Asimismo,la notificación de la fecha de las audiencias de laS. C. de Justicia se hace por correo, dispone el Art. 13 de la L. sobre Pr de Casación. Los Art. 11, 12 y 15 de la L. 834 de 1978, a propósito de *la impugnación* **(contredit), establecen el uso del correo certificado con acuse de recibo en los casos de notificación por el secretario del tribunal del indicado recurso a la parte adversa, déla fijación de la audiencia y la notificación, de la sentencia.**

Citación es el nombre genérico, pero se aplica más particularmente al acto notificado para comparecer ante el juzgado de paz (art. 3 y s. del C. de Pr. Civil); ***emplazamiento*** es el acto notificado para comparecer ante el juzgado de primera instancia (art. 59 y s. del C. de Pr. Civil); acto de ***apelación*** es el acto notificado para comparecer ante la corte de apelación, o ante el juzgado de primera instancia cuando funciona como tribunal de apelación respecto de las sentencias dictadas por el juzgado de paz (art. 456 del C. de Pr. Civil). A veces la ley emplea el término asignación (v. por ej. art. 155 del C. de Pr. Civil).

2a. Comprende esta clase los ofrecimientos, intimaciones, interpelaciones, mandamientos de pago, citaciones de testigos, etc. esto es, los actos por cuyo medio se requiere a una persona hacer o se le prohibe hacer alguna cosa.

3a. Son los diversos actos preparados por el alguacil para comprobar alguna situación, como por ejemplo un estado de lugares.

4a. Son los actos de ejecución, como los embargos, desalojos y otros análogos, practicados en virtud de las sentencias y otros actos ejecutorios.

5a. Con esta última clase de actos el alguacil lleva un acto o un hecho a conocimiento de una persona como cuando notifica una sentencia u otro documento cualquiera.

Todos esos actos son preparados por el alguacil, sin nesidad de hacerse asistir de testigos, excepto en determinados casos, como por ej. en el embargo ejecutivo (art. 585), en el embargo, de efectos mobiliarios que guarnecen lugares alquilados o arrendados (art. 821), en el embargo de reivindicación (art. 830), en el acta levantada para hacer constar la negativa del conservador de hipotecas a proceder a una de las actuaciones a su cargo (art. 2199 del C. Civil), en el protesto de un efecto de comercio (art. 173 del C. de Comercio).

Autenticidad. Siendo el alguacil un oficial público (art. 81 de la L. de O. J.), sus actos son auténticos, dentro de los términos del derecho común, y hacen fe hasta inscripción en falsedad de todo lo que ha comprobado, o afirme haber he-

cho en el ejercicio de sus funciones; pero no de las simples afirmaciones o enunciaciones que no tienen el carácter de afirmaciones o comprobaciones emanadas del alguacil en el ejercicio de su ministerio, las que pueden ser combatidas por la prueba contraria (art. 1319 y 1320 del C. Civil).

En consecuencia, es preciso inscribirse en falsedad para probar, por ejemplo, que la fecha del acto no es la verdadera, o que la copia del acto no fue entregada a la persona indicada por el alguacil. En cambio, puede ser combatida por la prueba contraria la mención de respuestas u observaciones hechas al alguacil por la persona a quien notifica o a quien entrega la copia del acto, porque el alguacil tiene competencia solamente, es decir, calidad, "para hacer notificaciones de actos judiciales o extrajudiciales", y no para consignar auténticamente esas respuestas u observaciones.

Preparación. Los requisitos de forma del acto de alguacil son de dos clases: internos o ***intrínsecos,*** esto es relativos al contenido del acto en sí mismo; externos o ***extrínsecos,*** o sea, concernientes a la forma exterior del acto, o que se incorporan al acto después de su redacción, o que el alguacil debe cumplir después de preparar el acto.

Formalidades intrínsecas. La ley no ha regulado de un modo general la forma en que debe ser preparado el acto de alguacil. El C. de Pr. Civil contiene solamente reglas particulares acerca de determinados actos: citación ante el juez de paz (art. 2 y s.); emplazamiento ante el juzgado de primera instancia (art. 61 y s., 415 y s.); acto de apelación (art. 456).

Generalizando esos textos puede darse la siguiente lista de requisitos intrínsecos exigidos en la preparación del acto de alguacil:

1o. El acto debe contener la indicación del ***lugar y el municipio*** en que es preparado (art. 61 1ro), lo que debe hacerse, de conformidad con las disposiciones de la L. 125 de 1939 sobre división territorial y sus modificaciones, enunciando las localidades rurales por el nombre de la ***sección,*** y

las urbanas por el nombre de la ***ciudad, la villa o el poblado*** correspondiente.

2o. El acto debe indicar su ***fecha,*** o, como lo expresa el art. 61, el ***día, el mes y el año*** de la diligencia, menciones indispensables para poder establecer si el acto ha sido hecho en tiempo oportuno, tanto en los casos en que debe ser emitido en un determinado momento, como en los casos en que sirve de punto de partida a un plazo.

30. El acto debe indicar el ***requeriente,*** de este modo: si se trata de una persona física, con expresión de sus ***nombres, profesión, nacionalidad y domicilio,*** y del número y la serie de su ***cédula*** personal de ***identidad,*** con indicación de que está al día en el pago del impuesto (L. sobre cédula personal de identidad) f[3] si el requeriente es un menor no emancipado o un interdicto, se expresarán las indicaciones relativas al menor o al interdicto, y además las relativas al tutor; respecto de un quebrado, se harán las indicaciones relativas al quebrado y al síndico de la quiebra; tratándose de un menor emancipado o de una persona provista de consultor judicial, se enunciarán, además de las indicaciones relativas al requeriente, las relativas al curador o al consultor judicial; respecto de una sociedad que tiene personalidad jurídica, se enunciarán su nombre o razón social, el objeto de su empresa y su domicilio social; en los actos hechos a requerimiento de las personas jurídicas del derecho público, como el Estado, el Distrito Nacional, los municipios, se indicará, naturalmente, que la actuación se hace a requerimiento del Estado Dominicano, del Distrito Nacional, del municipio tal, por diligencias de la persona com-

(3) v. Sobre la necesidad de indicar el pago al día del impuesto, Casación: 14 de febrero, 1954, B. J. 523, p. 233; lo de julio, 1954, B. J. 528, p. 1282; abril, 1954, B. J. 525, p. 750. Sobre la no indicación del sello de renovación al día (materia penal) 13 de junio, 1955, B. J. 539, p. 1081. Respecto de la inadmisibilidad del recurso de casación: 26 de agosto, 1949, B. J. 469 P. 695; 15 de junio. 1953, B. J. 515, p. 981; 17 de febrero, 1954, B. J. 523 P. 231, 18 de julio, 1958, B. J. 576, p. 1527; 26 de septiembre, 1952, B. J. 506, p. 1762; 28 de abril, 1954, B. J. 525, p. 749; 20 de septiembre, 1955, B. J. 542, p. 1983. Esta jurisprudencia varió a partir de las refounas introducidas en la L. 990 sobre cédula peisonal de identidad al estimarla SupremaC. de Justicia que este documento cumple todos sus fines cuando contiene los datos necesarios paralaidentificación aunque no haya sido renovado (Casación 1ro. de agosto, 196 2, B. J. 625, p. 1186).

petente, esto es, si se trata del Estado, de quien tenga poder al efecto, y, en los otros casos, del Sindico del Ayuntamiento del Distrito Nacional, o del síndico municipal.

4o. El acto mencionará el ***alguacil*** que lo prepara, con indicación de sus nombres y residencia, del tribunal ante el cual ejerce sus funciones, y de su cédula personal de identidad art. 61. - 2o. del C. de Pr. Civil, L. sobre cédula personal de identidad). Las tres primeras menciones acreditan si el alguacil actúa dentro de los límites de su competencia territorial conforme al art. 82 de la L. de O. J.

5o. El acto enunciará la persona a quien va dirigido, mediante la indicación de sus ***nombres y residencia*** (nombres y residencia del ***demandado*** dice el art. 61-2o. cuando se trata del acto de emplazamiento;nombres y morada del demandado expresa el art. 2 al tratar de la citación anteel juez de paz). La ley es menos exigente en lo que se refiere a la indicación de la persona a quien va dirigido el acto que con respecto a la indicación del requeriente, al no exigir aquí el que se indique el domicilio y la profesión, lo que se explica por la circunstancia de que frecuentemente esos datos no son conocidos por el requeriente o el alguacil. Por esa misma razón no sería justo anular el acto que indicara erróneamente los nombres de la persona a quien va dirigido, siempre que esa persona fuera designada tan claramente que no hubiera posibilidad de confundirla con otra.

6o. El acto debe mencionar la persona a quien se entrega la copia, cuando se trata de actos que por su naturaleza deben ser notificados, que son la mayoría de los actos de alguacil (art. 61-2o.).

7o. El acto debe indicar su ***objeto,*** distinto para cada clase de acto de alguacil. Si se trata de una citación el objeto del acto consiste en expresar el objeto de la demanda y los medios en que se funda; si se trata de una intimación, se indicará el hecho que se exige cumplir o que se prohibe.

8o. El acto expresará su costo o valor, con indicación de las fojas que contienen respectivamente el original y las copias, y de los traslados, vacaciones y horas de ocupación en

los casos en que proceden (art. 67 del C. de Pr. Civil y 33 de la Tarifa de Costas Judiciales).

9o. El acto deberá llevar la firma del alguacil y el sello que indique sus nombres, calidad y jurisdicción, en el original y las copias, esto último conforme al art. 5 de la L. 553 de 1933. La firma del alguacil es un requisito o formalidad ***sustancia!,*** exigido virtualmente a pena de nulidad del acto, aunque no se halla expresamente mencionado en la ley (Casación: 6 de diciembre de 1929. B. J. 233 p. 8; 23 de octubre de 1931, **B.** J. 255-257,p. 31)[4]

Formalidades extrínsecas. Las siguientes reglas de carácter puramente extrínseco deben ser observadas por el alguacil:

la. Los actos deben ser escritos en papel tamaño uniforme, de once pulgadas de largo por ocho y media de ancho (art. 1 de la L. 980 de 1935).

2a. Los actos de alguacil deberán ser numerados (art. 1 de la L. 980, 1935).

3a. El alguacil deberá conservar un ejemplar de cada uno de los actos que prepara a fin de formar un protocolo, que se encuadernará cada año (art. 1 de la L. 980 de 1935).

4a. Los actos de alguacil deberán ser registrados dentro de los cinco días de su fecha, bajo pena de una multa de cuatro pesos (art. 39 de la L. de registro del 20 de mayo de 1885; casación. 29 de julio de 1947; B. J. 494, p. 408). No puede el alguacil entregar el original del acto antes de registrarlo, bajo pena de una multa de cinco a veinticinco pesos (art. 3 de la L. 980 de 1935).

5a. El alguacil tiene que llevar un libro-registro que será visado, con indicación de los folios que contiene, por el juez o por el presidente del tribunal en que el alguacil ejerce sus funciones, en el cual deberá inscribir un extracto de cada uno de los actos que prepara, a fin de establecer la prueba de su

(4) Sin embargo, la S. C. de J., aplicando la máxima "no hay nulidad sin agravio", ha declarado válido un acto de alguacil en el cual faltaba la firma, porque las partes no pudieran probar el perjuicio. (Casación, 5 de noviembre de 1957, B. J. 568, p. 2264).

existencia, consignar el número, la fecha y la hora (si procediera indicarla) del acto, la persona a quien va dirigido, su registro, y los sellos de rentas internas que le fueron aplicados (art. 1 y 2 de la L. 553 de 1933, 1 de la L. 980 de 1935).

6a. Del libro precedentemente mencionado el alguacil formará, con el fin de facilitar las buscas, un índice alfabético, tomando como base los apellidos de las partes, y en el que enunciará también el número del acto respectivo (art. 3 de la L. 553 de 1933).

Actos a requerimiento de, o dirigidos al Estado. Los art. 15 y 17 de la L. 1486, del 20 de marzo de 1938, establecen los sigientes requisitos adicionales de forma, cuando se trata de los actos de alguacil preparados a requirimiento del Estado, o notificados al Estado:

1o. El original y las copias de esos actos deben ser firmados por el alguacil en cada una de sus hojas, cuyo número debe indicarse al final del acto (esto último es exigido para todos los actos de alguacil por el art. 33 de la Tarifa de costas judiciales).

2o. El original y las copias de esos actos deberán ser firmados en su última página por el requeriente o por su mandatario, o expresar que el requeriente no sabe o no puede firmar, o se les anexará la procuración otorgada al alguacil para preparar el acto.

3o. El original y las copias de los actos notificados al Estado deberán ser visados por el funcionario o empleado con quien habla el alguacil al hacer la notificación (v. además art. 1039 del C. dePr. Civil).

Notificación. El acto de alguacil tiene que llegar a conocimiento de la persona a quien va dirigido por medio de ***la notificación,*** formalidad que consiste en entregar a esa persona una copia del acto, que contiene las mismas menciones que el original. La notificación en general es una formalidad incorporada en el acto mismo, esto es, se enuncia la notificación como una de sus formalidades esenciales. Excepcionalmente, como por ej., en el embargo inmobiliario (art. 677),

en el embargo ejecutivo practicado fuera del domicilio y en ausencia de la parte embargada (art. 602), en el acta de comprobación del estado de los lugares, el acto de alguacil no incluye. su notificación, la que se debe o se puede hacer en esos casos por medio de otro acto, destinado expresamente a llevar el acto de que se trata al conocimiento de la persona a quien aquél va dirigido.

Para los fines de su notificación, el acto de alguacil deberá ser preparado en un original, que pertenece a la parte requeriente®, y tantas copias cuantas sean las personas a quienes está destinado al acto, de manera que cada una de ellas reciba una de esas copias al momento de la notificación.

La formalidad de la notificación debe ser comprobada en el original y en las copias del acto, haciéndose constar, en un espacio del acto que permanece en blanco hasta el momento de su notificación, el nombre de la persona a quien se entrega la respectiva copia. El acto es nulo si no contiene esa mención, aunque efectivamente la copia hubiera sido entregada al interesado, conforme al principio general de que todo acto del procedimiento debe contener en sí mismo la prueba de su existencia y de su regularidad.

Tiempo en que pueden ser notificados. Resulta de los art. 15 de la L. de O. J„ 63 y 1037 del C. de Pr. Civil, que el alguacil no puede actuar en determinados días del año ni en ciertas horas del día.

lo. El Alguacil no puede actuar en los días de fiesta legal (incluso los domingos), ni en los días de vacaciones judiciales determinados respectivamente por la L. 137 de 1967, que modifica el art. 157 de la L. de O. J. Si hay peligro en la demora el alguacil puede proceder en todos los casos con la autorización del juez presidente del tribunal que deba conocer de la demanda, confonne al art. 63 (Casación, 30 de noviembre de 1928, B. J. 220. p. 17).

Hay controversia acerca de saber si es válido el acto de alguacil preparado en un día de fiesta legal o de vacaciones.

(5) **Además el alguacil debe conservar un ejemplar, o sea, un duplicado del original del acto, conforme al art. 1 de la L. 980 de 1935.**

Se ha sostenido que el acto es nuio, por tratarse de una disposición de orden público (en este sentido, Casación, 16 de abril 1923, B. J. 153-155, p. 3); pero predomina en doctrina y jurisprudencia la opinión de que el acto es válido porque la ley no pronuncia expresamente su nulidad (Casación, 26 de mayo, 1941, B. J. 370, p. 623; 10 de julio, 1956, B. J. 552, p. 1403; 18 de noviembre, 1983, B. J. 876, p. 3624); 26 de noviembre 1984, B. J. 888, p. 3091).

2o. No puede ser notificado ningún acto de alguacil antes de las seis de la mañana ni después de la seis de la tarde. El objeto de esta disposición es asegurar la inviolabilidad d·l domicilio, y evitar los rozamientos y dificultades que podrían originarse con el hecho de que se practicaran tales diligencias durante la noche, con menoscabo del descanso a que pudiera hallarse entregada la persona a quien se dirige el alguacil.

La ley no faculta al juez para autorizar al alguacil, en caso de urgencia, a notificar durante la noche, como lo hace tratándose de los días de fiestas o de vacaciones.

El acto de alguacil notificado de noche es nulo, y el alguacil podría ser sometido a la acción disciplinaria.

Lugar en que son preparados. El art. 68 enuncia como regla general que el alguacil actuará: o frente a la persona a quien el acto se halla destinado, o en su domicilio.

Excepcionalmente, como por ejemplo en los casos de embargo inmobiliario (art. 673), y de embargo ejecutivo practicado fuera del domicilio y en ausencia de la parte embargada (art. 602), el alguacil actúa en un lugar que no es el domicilio y sin encontrarse en presencia de la parte a quien va dirigió el acto, para notificar luego sus diligencias al interesado, por medio de otro acto, a su persona o en su domicñio conforme a la regla general. Otras veces el alguacil prepara un acto que no es o puede no ser llevado por medio de una notificación a conocimiento de la persona a quien va dirigido, como por ejemplo el acto de fijación de los edictos que anuncian la venta de muebles embargados (art. 619), y de inmuebles embargados o pertenecientes a menores (art. 699 y 959), y el acto de comprobación de un estado de lugares.

En ciertos casos especiales el acto puede o tiene que ser notificado en un lugar que no es el domicilio de la parte a que va dirigido.

Los actos destinados a las personas morales del derecho público, el Estado, el Distrito Nacional, lo municipios, se hallan sometidos a reglas especiales.

Notificación a la persona. La notificación a la misma persona puede ser hecha en cualquier lugar en que ella se encuentre. Es la más recomendable en los casos en que el alguacil conozca al destinatario del acto. El alguacil incurriría en nulidad al emplear esta forma de notificación, si el individuo a quien entrega la copia no es el verdadero destinatario.

Se admite generalmente[6] que la persona a quien va dirigido el acto no está obligada a recibir la copia cuando se halla en una iglesia o en un lugar destinado a las autoridades.

Se admite asimismo que el alguacil no puede notificar un acto a un magistrado o a un ministro del culto en el lugar o en el momento en que esas personas se encuentran en el ejercicio de sus funciones[7].

Para que sea posible la notificación a la misma persona es preciso que el destinatario del acto sea capaz de recibirla. Si se trata de un menor no emancipado o de un interdicto, los actos que les conciernan son notificados en la persona de su representante legal, el tutor o administrador legal, con indicación de la calidad en que se le hace la notificación. En la misma forma se procede respecto del quebrado.

Notificación en el domicilio. La notificación en el **domicilio** es la más ventajosa y segura, y por ello la más usada. Se trata del ***domicilio legal,*** o sea, del "principal establecimiento" que la parte posea en cada jurisdicción de la República (art. 102 del C. Civil, 3 de la L. 259 de 1940), no de la simple ***residencia.*** Con este modo de notificación la parte queda se-

(6) Glasson, Précis de Procedure Civile, 3a. éd., I, 371.

(7) Glasson, obra y lugar citados.

guramente informada, puesto que se la presume hallarse presente en todo momento en su domicilio para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus obligaciones.

La notificación hecha en la residencia en vez de serlo en el domicilio es nula, a menos que el requeriente o el alguacil hayan cometido un error excusable, tomando como domicilio lo que es una mera residencia de la parte notificada, a causa de las apariencias.

El art. 68-7o. dispone que la notificación se hace en la residencia actual de la parte cuando ella no tiene domicilio conocido en la República.

En el domicilio, la copia del acto puede naturalmente ser entregada al destinatario personalmente; pero el alguacil no está obligado a indagar previamente su presencia, y puede, conforme al art. 68, entregar la copia a un pariente o a un sirviente consignando su nombre y su cualidad de tal en el espacio del acto que queda en blanco hasta el momento de la entrega de la copia. La notificación es regular y produce sus efectos normales aunque el pariente o sirviente no haga llegar la copia a manos del destinatario. Para que la copia pueda ser entregada al pariente o al sirviente es preciso que se encuentren presentes en el domicilio en el momento de la notificación. La S. C. de **J.**, ha considerado válida la notificación hecha hablando con la concubina, en razón de que no hay dudas de que el acto será llevado a conocimiento del notificado (Casación, 9 de septiembre de 1957, B. J. 566, p. 1865).

La copia del acto es válidamente entregada aun al pariente que no habita permanentemente sino que se encuentra accidentalmente en el domicilio de la persona a quien va dirigido el acto.

La notificación esválida aunque la persona a quien se ha entregado la copia, a título de pariente o de sirviente, no lo sea en realidad, sino que haya declarado inexactamente serlo, puesto que el alguacil no está obligado a verificar la verdad de sus manifestaciones/[7] Se admite, sin embargo, que, en caso

(7 bis)V. Casación, 26 de marzo, 1984, B. J. 880, p. 744).

de incurrir en error grosero o inexcusable, el alguacil responde del perjuicio que pueda causar al interesado que no se enterara de la diligencia, a causa de que la copia del acto no fue entregada.

Notificación en el domicilio elegido. De acuerdo con el art. 111 del C. Civil, en caso de elección de domicilio "las notificaciones, demandas y demás diligencias podrán hacerse en el domicilio convenido" (Casación, 23 de octubre de 1951, B. J. 495, p. 1345).

En algunos procedimientos la ley manda hacer una elección de domicilio, la que produce los mismos efectos que la elección convencional de domicilio, como por ejemplo en el embargo retentivo (art. 559), en el embargo ejecutivo (art. 584), en el embargo inmobiliario (art. 673).

Cuando la elección de domicilio es hecha en interés de las dos partes, o en interés exclusivo de la persona a cuyo requerimiento se notifica el acto, la notificación puede hacerse o en el domicilio elegido o en el domicilio real.

La elección de domicilio subsiste después del fallecimiento de la parte, y produce los mismos efectos con relación a sus herederos.

La notificación hecha en el domicilio elegido está sujeta a las mismas reglas que la hecha en el domicilio real, enunciadas en el art. 68.

Notificación en la persona de un vecino. En caso de que el alguacil no encuentre en el domicilio a la persona a quien va a notificar ni a ningún pariente o sirviente de ella, el art. 68 le manda notificar en la persona de un vecino, quien recibirá la copia del acto, si lo quiere, y firmará en el original. Al aceptar que la notificación se haga en su persona, el vecino contrae la obligación de entregar al destinatario la copia del acto.

La ley entiende por "vecino" cualquier individuo que habite en las inmediaciones del domicilio del destinatario del acto, pero no necesariamente el más próximo.

La copia tiene que ser entregada al vecino personalmente, no a un pariente o un sirviente suyo.

Por excepción a la regla general dictada por el art. 68, la citación para comparecer ante el juez de paz no puede ser hecha en la persona de un vecino (art. 4).

Notificación **en** la **persona de una autoridad municipal.** Para el caso de que el alguacil no haya encontrado un vecino dispuesto a recibir la copia y firmar en el origjnal, el art. 68 dispone que el acto será notificado en la persona del síndico municipal en las cabeceras de municipios, y en la persona del alcalde pedáneo en las localidades rurales.

El síndico del ayuntamiento deberá visar el original del acto; si se niega a hacerlo el alguacil podrá recurrir, conforme al art. 1039, ante el procurador fiscal, quien lo visará.

La ley no impone al alcalde pedáneo la obligación de visar el original.

El síndico municipal o el alcalde pedáneo no están legalmente obligados a trasmitir al interesado la copia del acto que se le notifica en su persona; pero es una costumbre generalmente observada el hacerlo así.

Personas domiciliadas en **el extranjero.** De acuerdo con el art. 68-80, que se refiere solamente al caso de que el acto sea un emplazamiento o citación para ante el juzgado de primera instancia, a los domiciliados en el extranjero se les notifica en la persona del representante del ministerio público ante el tribunal que deba conocer de la demanda, esto es, el procurador fiscal, el procurador general de la corte de apelación, el fiscal del Tribunal de Confiscaciones, o el Procurador General de la Repúbüca, según que el tribunal apoderado sea un juzgado de primera instancia, una corte de apelación, el Tribunal de Confiscaciones, o la Suprema Corte de Justicia.

Es forzoso decidir, por analogía, que los demás actos de alguacil, como por ej. una citación ante el juez de paz o un acto extrajudicial, serán igualmente notificados en la persona del procurador fiscal correspondiente, que en la generali-

dad de los casos es el del distrito judicial en que tiene su domicilio la parte requeriente.

El representante del ministerio público ante quien se hace la notificación debe visar el original, y hacer llegar la copia, por las vías administrativas, a la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, que la trasmite al cónsul dominicano en la localidad en que el interesado tiene su domicilio. El cónsul procede a entregar la copia a la parte notificada, de acuerdo con las normas que rigen las funciones de los cónsules.

Personas sin domicilio conocido. Las personas que no tienen en la República ningún domicilio conocido son notificadas, conforme lo dispone el art. 66-7o, en su residencia actual.

Si no se conoce la residencia de la persona a quien se quiere notificar, el alguacil fijará una copia del acto en la puerta principal del tribunal que deba conocer de la demanda, si se trata de una citación, y entregará otra copia al procurador fiscal, quien visará el original.

Si no se trata de una citación, una copia del acto es fijada en la puerta principal del juzgado de primera instancia del distrito judicial del último domicñio o de la última residencia del destinatario del acto, o del domicñio del propio requeriente, y otra copia es entregada al procurador fiscal de ese distrito judicial (8)

La notificación practicada mediante fijación de una copia y entrega de otra copia del acto al fiscal sería nula, si el alguacil hubiera tenido medios a su alcance para descubrir el domicilio o la residencia del destinatario del acto (Casación, febrero, 1958, B. J. 571, p. 305; 21 de julio, 1982, B. J. 860, P- 1154 y 1245; 27 de julio, 1984, B. J. 884, p. 1870).

Materias marítimas. El art. **419** dispone que en estas materias las notificaciones podrán ser hechas "a bordo del buque a la persona citada".

De acuerdo con la opinión generalmente admitida, el art. 419 debe interpretarse como significando que las notifi-

(8) Glasson y Tissier, Traité, II, 434.

caciones destinadas al capitán de un barco, a los miembros de la tripulación, o a los pasajeros que se encuentran a bordo, pueden ser hechas allí o a sus propias personas, conforme al derecho común, o en manos de sus parientes, sirvientes o vecinos que se hallen a bordo: el barco, en este caso, puede ser considerado como el domicilio de esas personas.

El art. 419 es aplicable a todas las materias o causas mamarítimas, enumeradas en el art. 418; pero es ajeno a los asuntos civiles.

Divorcio. El art. 22 de la L. 1306 bis de 1937 dispone que las notificaciones dirigidas a la mujer durante el procedimiento del divorcio por causa determinada deberán ser hechas " a su propia persona, o al fiscal del tribunal que deba conocer de la demanda, quien practicará las diligencias necesarias para que tales notificaciones lleguen a conocimiento de la mujer".

El mismo texto, adicionado por la L. 2153 de 1949 dispone que cuando los emplazamientos tengan que hacerse al fiscal será obligatorio para el marido demandante publicar previamente en un diario de Santo Domingo un aviso, durante tres días consecutivos, "que contenga advertencia a la mujer demandada de que, a falta de información relativa al lugar de su residencia se procederá a emplazarla ante el fiscal". Dicho aviso expresará: el tribunal que va a conocer de la demanda, la fecha en que se va a notificar el emplazamiento, la causa de la demanda, el nombre de la demandada y el lugar de su última residencia. De este aviso deberá darse copia en el encabezamiento de la citación.

Herederos. Por generalización de lo dispuesto en el art. 447 respecto de la notificación de una sentencia, se ha admitido que cualquier acto que deba ser notificado a herederos, a quienes no es posible conocer personalmente en el momento de la notificación, puede ser hecha en el domicilio del difunto, colectivamente, dejándoseles una sola copia para todos, y

sin especificación de nombres y calidades®\ (y. sin embargo, cas.20 de octubre de 1938, B. J. 339, p. 600; 17 de noviembre de 1953, B. J. 520, p. 2155; 21 de diciembre de 1953, B. J. 521, p. 2463; 27 de julio de 1955, B. J. 540, p. 1526).

Quiebra. El art. 69-6o, al hablar de concursos y ligas de acreedores, se refiere a las notificaciones dirigidas al quebrado o a la quiebra, y manda que sean hechas a la persona o en el domicilio del sindico o de uno de los síndicos de la quiebra. Los síndicos representan, en efecto, al quebrado y a los acreedores, aun antes de la unión (art. 440 y s. del C. de Comercio).

Por el contrario, en caso de cesión de bienes, procedimiento rarísimo en la práctica (art. 1265 y s. delC. Civil; 898 y s. del C. de Pr. Civil), como los acreedores no tienen un mandatario legal, cada uno debe recibir una copia de la notificación.

Sociedades. De acuerdo con el art. 69-5o, las sociedades de comercio deben ser notificadas, mientras existan, en la casa social, en la persona de los administradores o gerentes que tienen calidad para representarlas, indicándose esa calidad en el acto.

Aunque normalmente las sociedades de comercio tienen un domicilio o casa social, ocurre frecuentemente, debido a circunstancias de hecho, que no lo tienen. En este caso la notificación a la sociedad se hará a la persona o en el domicilio de uno de los socios que tengan calidad para representarla, debiéndose indicar expresamente en el acto la calidad en que a esa persona se hace la notificación dirigida a la sociedad.

Aunque la ley ha previsto solamente la manera de notificar a las sociedades de comercio, se admite en general que el art. 69-5 o, se aplica a las notificaciones dirigidas a las sociedades civiles que tienen personalidad jurídica.

Por aplicación del art. 3 de la L. 259 de 1940 la sociedad puede ser notificada, no solamente en su domicilio principal,

(9) En este sentido: Glasson, Précis de Procedure Civile, 2a. ed., I, 354; Tissier y Darras, Code de Procedure Civile, art. 447, 4 y s.

sino también en la persona del agente o representante que dirige una sucursal, en lo que respecta a las operaciones de esa sucursal (v. Casación, julio de 1958, B. J. 576, p. 1558).

Después de la disolución de la sociedad, y mientras dure su liquidación, las notificaciones son hechas o en el mismo domicilio social, o en la persona de uno de los socios que tienen calidad para representarla en caso de no haber casa social, o al liquidador.

Las notificaciones destinadas a una asociación en participación tienen que ser hechas a persona o domicilio de sus miembros, puesto que no tienen personalidad jurídica.

Asociaciones. Las asociaciones incorporadas conforme a la L. 520, del 26 de julio de 1920, tienen la personalidad jurídica, activa y pasivamente.

La notificación a una de esas asociaciones se hace, pues, o en su domicilio social, o en la persona de uno de sus funcionarios que la personifican ante los terceros conforme a los estatutos.

Si la asociación carece de personalidad jurídica, por no haber obtenido la incorporación, las notificaciones pueden hacerse, de acuerdo con el art. 11 de la L. de 1920, a la persona que figure como presidente, director, jefe o administrador de la asociación en el acto o contrato que origine la notificación.

El Estado. La L. 1486, del 20 de marzo de 1938, para la representación del Estado en los actos jurídicos y para la defensa en justicia de sus intereses, derogó (art. 21) los incisos lo, 2o y 3o del art. 69 del C. de Pr. Civil, que determinaban la manera de notificar al Estado según que se tratara de los bienes nacionales y derechos reales de la administración pública, del tesoro público, o de las oficinas administrativas[10]

En general, según el sistema establecido por el art. 13 de la L. 1486 de 1938, al Estado puede notificársele, para un fin cualquiera y respecto de todo asunto (Casación, 7 de septiem-

(10) Acerca de la abolida distinción entre Estado y Tesoro Público v. Casación, 23 de enero de 1925, B. J. 174-175, p. 22.

bre de 1951,B. J. 494, p. 1095), en una cualquiera de las oficinas del ministerio público (Procuraduría General de la República, Procuraduría General de una Corte de Apelación, Procuraduría Fiscal), en la persona de su representante, o de uno de sus ayudantes, o del secretario. Por excepción a esa regla general, de acuerdo con lo que dispone el art. 16, "Las notificaciones que deban darse al Estado en el curso de una instancia en que éste se encuentre representado por un mandatario ad litem que ya hubiere figurado como tal en la instancia, deberán ser hechas hablando personalmente con dicho mandatario, o en la oficina del funcionario que ejerza el ministerio público ante el tribunal amparado, hablando con dicho funcionario o con su secretario; o, tratándose de procedimientos que se cursen ante una alcaldía, en la procuraduría fiscal del distrito judicial en que esté enclavada la jurisdicción de la alcaldía, hablando allí con el procurador fiscal o con su secretario".

Cuando el acto es uno de oposición[11] o de embargo reretentivo, la notificación deberá, conforme lo dispone el art. 14 de la L. 1486 de 1938, hacerse, además, o en la Tesorería General de la Nación, en la persona del Tesorero Nacional, o en la Colecturía de Rentas Internas de la capital o en una Colecturía de Rentas Internas que tenga su asiento en la jurisdicción del tribunal que deba conocer de la demanda en validez del embargo retentivo, en la persona del respectivo Colector de Rentas Internas.

Municipios y Distrito Nacional. Los municipios son notificados en la persona del Síndico Municipal, dispone el art. 34-1 lo. de la L. 3455 de 1953 sobre Org. Municipal.

El art. 28-16o. de la L. 3456 de 1953, de Org. del Distrito Nacional, mod, por la L. 4381 del 1956 y 5379 de 1960, manda que éste sea notificado en la persona del Síndico del Ayuntamiento del Distirto Nacional.

(11) En este caso, oposición no significa recurso contra una setencia en defecto, sino acto mediante el cual se le prohibe aunapersonapagaro entregar ciertas cosas a otra peisona.

Visa. El art. 1039 dispone: "Todas las notificaciones hechas a personas públicas, con calidad para recibirlas, deberán ser visadas por éstas en el original, sin costas". Cuando haya negativa, el original será visado por el fiscal del tribunal de primera instancia del mismo domicilio de los que hubieren rehusado firmar".

Si se trata de un acto de emplazamiento notificado a una común o al Distrito Nacional, conforme lo dispone el art. 69[12] "será visado el original por el empleado a quien se entregue la copia: en caso de ausencia o de negativa, se visará por el alcalde de la común o por el fiscal del tribunal de primera instancia, a quienes se les entregará la copia del emplazamiento". Conforme al art. 70, esa omisión conlleva la nulidad del acto.

La disposición general del art. 1039 difiere en dos puntos de la disposición especial del art. 69 antes citada: lo. Tratándose de un acto que no es un emplazamiento, si el funcionario rehusa visar el original, el alguacil deberá necesariamente dirigirse al procurador fiscal; si se trata de un emplazamiento, el alguacil tiene la opción entre dirigirse al juez de paz o al procurador fiscal; 2o. La omisión de visa conlleva la nulidad del acto de emplazamiento, por aplicación del art. 70; si se trata de otro acto, la falta de visa no conlleva nulidad, porque ésa no es una formalidad sustancial y la ley no pronuncia la nulidad.

Las notificaciones hechas al Estado, sin distinguir entre los actos de emplazamiento y los demás, deben ser visados en el ***original y en la copia*** por el funcionario en cuya persona se notifica al Estado. En caso de negativa, el alguacil la hará presenciar por dos personas idóneas para declarar como testigos en materia civil, y dará curso al acto como si hubiera sido visado, después de haber hecho constar esa negativa (art. 17 de la L. 1486 de 1938).

(12) La L. de Org. Municipal y la orgánicadel D. N. no han establecido el procedimiento a seguir para obtener la visa en caso de negativa de funcionario, sino únicamente sobre la persona a quien deben ser notificados los actos.

Mención de las formalidades. Por aplicación del principio general según el cual todo acto de procedimiento debe contener en sí mismo la prueba de su regularidad, el alguacil debe hacer constar, de acuerdo con el art. 68, en el original y en las copias del acto, el cumplimiento de las formalidades relativas a la notificación.

No bastará, por ejemplo, decir que notificó o que citó, sino que además debe mencionar el nombre de la persona a quien entregó la copia del acto, en qué calidad y en qué lugar.

Cuando la notificación es hecha en la persona de un pariente o un sirviente, el alguacil debe indicar que practica la diligencia en el domicilio del destinatario del acto.

Si el alguacil entrega la copia a un vecino debe expresar que no encontró en el domicilio a ningún pariente o sirviente.

La notificación hecha en la persona del síndico municipal o del alcalde pedáneo debe hacer constar en primer término la ausencia de parientes o sirvientes en el domicilio, y luego, salvo las citaciones ante el juez de paz, la circunstancia de no encontrar un vecino dispuesto a recibir la copia y firmar el original.

En los casos en que el original del acto debe ser visado por un funcionario público, no basta que el original sea visado , sino que es preciso que en el original y en las copias se mencione el cumplimiento de esa formalidad.

Asimismo se ha decidido que la firma del alguacil en el original y en las copias del acto debe mencionarse expresamente en el original y en las copias (Casación, 23 de octubre de 1931, B. J. 255-257, p. 31).

SECCION III - ACTOS DE ABOGADO

Diversas clases. En sus funciones de mandatario el abogado prepara, en nombre de su cliente, los llamados ***actos de abogado,*** que son de dos clases:

la. Las ***instancias o requerimientos*** son actos preparados por el abogado y presentados por él a un tribunal, al juez presidente de un tribunal.o a un juez comisario, con el fin de ob-

tener que se dicten ciertas disposiciones en relación con un procedimiento. Ejemplos: las instancias en que se solicita el permiso para demandar a un juez en responsabilidad civil (art. 510), para que autorice a emplazar a breve término (art. 72).

2a. En una segunda clase pueden incluirse todos los demás actos de abogado. Su rasgo común es el de ser preparados asimismo por el abogado, no para ser puestos en manos de una autoridad judicial, sino para ser notificados al abogado de la parte adversa, por ministerio de alguacil. La ley los llama especialmente ***actos de abogado a abogado,*** o actos ***notificados*** de abogado a abogado, en razón de que, además de ser preparados por el abogado, como los de la clase anterior, son también notificados al abogado de la parte adversa. Algunos revisten la forma de una instancia contentiva de conclusiones o pedimentos, que, en vez de ser presentada inmediatamente al tribunal, es notificada al abogado de la parte adversa, Ej.: el acto por el cual se notifican las defensas antes de la audiencia (art. **77** del C. de Pr. Civil, 2 de la L. **1015** de **1935)**[13], el acto con que se intenta una demanda incidental, (art. **337).** Los demás actos de esta clase aparecen bajo la forma de una declaración de voluntad emitida por el abogado, en nombre de su cliente, directamente frente al abogado de la parte adversa, como representante de ésta. Ej. la constitución de abogado (art. **75);** el acto recordatorio, por el cual un abogado llama a su colega de lai parte contraria a discutir una causa (art. 80).

Notificación de los **actos de abogado.** Los actos de abogado de la segunda categoría comprenden, como se ha visto, dos partes, una que redacta el abogado, y otra que prepara el alguacil para llevar ese acto a conocimiento del abogado de la

(13) Respecto del acto de notificación de defensas antes de la audiencia, conviene recordar que esta actuación desapareció de nuestro sistema procesal en virtud de las disposiciones déla L. 845 de 1978.

parte adversa. Esta última se llama la ***notificación*** del acto de abogado.

Las formalidades de la notificación del acto de abogado son, en principio, las mismas que las de la notificación de los demás actos de alguacil, esto es, las indicadas en los art. 61 y 68 (Casación, 16 de abril de 1923, B. J. 153-155, p. 3); pero en esta materia, en razón de que el requeriente y el destinatario de la notificación se conocen suficientemente, por lo que no existen motivos para equivocaciones perjudiciales, aquellas disposiciones son aplicadas menos rigurosamente que con respecto a los demás actos de alguacil, exigiéndose solamente para que sea válido, que el acto haya producido el efecto que le es propio en razón de su naturaleza (Casación, 18 de enero de 1929, B. J. 222, p. 7). Por consiguiente, la nulidad no puede ser pronunciada sino por causa de omisión de una formalidad sustancial, que pueda hacer considerar el acto como inexistente, o de donde resulte un atentado a los derechos de la defensa (Casación, 16 de abril de 1923, precitada).

La parte del acto redactada por el alguacil hace fe de sus enunciaciones hasta inscripción en falsedad, por ser un acto auténtico, como todo acto de alguacil; por el contrario no tiene carácter de autenticidad la primera parte del acto, la que el abogado redacta y firma, y contra ella es siempre posible hacer la prueba contraria, porque los abogados no tienen calidad para dar autencidad a sus actos.

Acumulación del acto y su notificación. Se ha establecido entre nosotros la costumbre de preparar muchos de los actos de abogado a abogado fusionando, en un solo texto, la parte de la diligencia redactada y firmada por el abogado con la notificación preparada por el alguacil.

Conforme a esta práctica, el acto aparece como totalmente preparado por el alguacil, a requerimiento del abogado, quien lo firma en su calidad de abogado de la parte a quien representa, y notificado al abogado a quien se destina, en vez de componerse de dos actos sucesivos, el uno redactado por el abogado a requerimiento de su cliente, y el otro preparado por el alguacil a requerimiento del abogado, con

el fin de notificar el acto anterior al abogado de la parte adversa. A veces el alguacil actúa a requerimiento de la parte, indicando el abogado constituido por ella, quien firma también el acto.

Esta manera de preparar ciertos actos de abogado a abogado tiene su explicación en el hecho de que, conforme a la L. sobre Registro y Conservación de Hipotecas del 21 de junio de 1890, y la Ley No. 2254 de 1950 de Impuesto sobre Documentos, esas actuaciones, si se preparan en la forma que parece serla indicada por la ley, de un acto de abogado notificado mediante acto de alguacil, estarían sujetas al pago de un derecho de rentas internas y de un derecho de registro para cada un acto. Esto se evita fundiendo ambas diligencias en una sola.

No ha habido interés en implantar esa práctica, y además resultaría casi materialmente imposible hacerlo, en los casos en que el acto de abogado a abogado es de aquellos que consisten en un escrito contentivo de medios y conclusiones, notificado de abogado a abogado, como, por ejemplo, el acto de oposición a una sentencia en defecto por falta de concluir (art. 160),[14] porque la L. de Registro y Conservación de Hipotecas exime de la formalidad del registro los escritos y defensas de los abogados por ante los tribunales.

SECCION IV - ACTOS DEL SECRETARIO

Actuación. Diversos actos del procedimiento son otorgados ante el secretario por la parte misma, o por el abogado en nombre de la parte, o por la parte asistida de su abogado. Ejemplos: la inscripción en falsedad (art. 218), las renuncias a sucesión y a comunidad (art. 997); las vías de recurso intentadas contra las sentencias dictadas en materia represiva.

Aparte de esas funciones de oficial público encargado de recibir un acto del procedimiento, el secretario asiste a los actos emanados del tribunal de que depende, y expide las copias auténticas, ejecutorias o no, de esos actos.

(14) V. las disposiciones de los arts. 149,150, 151, 153, 155, 156 y 157 del C. de Pr. Civil Mod. porla L. 845 de 1978.

Carácter. Los actos recibidos por el secretario son actos auténticos, en virtud de los principios generales (art. 1317 del C. Civil), confirmados por la disposición del art. 71 de la L. de O. J., que les atribuye "fe pública en el ejercicio de sus funciones" (Casación, junio de 1949, B. J. 467, p. 536).

Para la validez de los actos recibidos por el secretario se requiere, como elemento esencial, su presencia en el otorgamiento del acto, de donde resulta que sería inexistente el acto escrito por los interesados en los registros de la secretaría en ausencia del secretario.

Es discutida en doctrina y en jurisprudencia la cuestión de saber si el acto del secretario es o no un acto solemne[15]. Si se le considerara como solemne el escrito sería necesario para la existencia del negocio jurídico, y el' acto no existiría sino después de haberse firmado el instrumento por el secretario. La opinión contraria, que parece preferible, sostiene que el acto existe a partir del momento en que la declaración es formulada ante el secretario, aun cuando el acta fuera redactada más tarde.

Caso de fuerza mayor. Aunque la comparencia de la parte ante el secretario, personalmente o representada por apoderado, es una formalidad sustancial normalmente irreemplazable, es forzoso admitir que en caso de que un acontecimiento de fuerza mayor haga imposible esa comparencia la declaración de la parte puede, excepcionalmente, ser hecha por un medio cualquiera, por el envío de una carta, de un telegrama o de un telefonema, o por medio del teléfono (v., en materia penal. Casación, 21 de febrero de 1940, B. J. 355 p. 130).

Tiempo y lugar de actuación. En la recepción de los actos de su ministerio el secretario tiene que actuar, necesariamente en el local de la secretaría y durante las horas de oficina, que son las mismas en que deben estar abiertas al público las demás oficinas del Estado.

(15) Glasson, Tissier y Morel, Traite, IV, 1375.

Se ha sostenido que es válido el acto recibido por el secretario fuera de las horas oficiales de oficina; pero en sentido contrario se argumenta que la existencia del acto no podría depender de la mera voluntad del secretario, según que aceptara o no la declaración que se le quisiera hacer fuera de las horas de oficina.[16].

Conforme al art. 15 de la L. de la O. J., los actos del secretario pueden ser recibidos en un día de fiesta o de vacaciones, si hay peligro de la demora, con la autorización del juez competente.

SECCION V - ACTOS DEL JUEZ

Tiempo de ejercicio. De conformidad con lo que disponen los art. 27, 37 y 47 de la L. de O. J.,los tribunales tienen. que ejercer sus funciones en los días laborables. La S. C. de J. debe reunirse tres veces por semana, por lo menos, y cuantas veces lo exija la necesidad de los asuntos pendientes; las cortes de apelación deben reunirse diariamente y celebrar por lo menos tres audiencias a la semana; los juzgados de primera instancia deben tener audiencia todos los días hábiles (S. C. deJ., 7 de octubre de 1941, B.J. 375, p. 1052).

Conforme al derecho común los asuntos pueden ser despachados y las audiencias celebradas en un día festivo o de vacaciones, previa habilitación, cuando el caso lo amerite por su urgencia.

Por excepción a la regla general el art. 8 permite que el juez de paz celebre audiencia en un día no laborable; también puede celebrarla el juez de primera instancia, cuando actúa como juez de los referimientos, si el caso requiere celeridad, según lo dispone el art. 102 de la L. 834 de 1978).

Lugar de ejercicio. En principio, de acuerdo con la disposición general del art. 1040, los jueces tienen que ejercer sus funciones y despacharlos asuntos de su competencia en el local destinado al tribunal, y con la asistencia del secretario. La regla general tiene cuatro excepciones.

(16) Glasson y Tissier, Traite, I, 144.

1a. El art. 8 dispone que el juez de paz puede conocer de las cuestiones de su competencia, y dictar el fallo, en su casa morada, siempre que las puertas estén abiertas o en el lugar en que se practique un peritaje o una visita de lugares, permite el art. 42.

2a. El juez de primera instancia, como juez de los referimientos, puede en su casa morada celebrar la audiencia y dictar fallo, cuando el caso requiere celeridad, de acuerdo con el indicado art. 102 de la L. 834.[17]

3a. De acuerdo con el art. 1040, en caso de urgencia el juez puede resolver desde su residencia las instancias que le fueren dirigidas.

4a. El T. de T. puede celebrar audiencia en cualquier lugar, conforme el art. 70 de la L. de R. de T., pero con la asistencia del Secretario o de un secretario delegado, de acuerdo con el art. 23 de la misma ley.

CAPITULO n - LOS PLAZOS PROCESALES

Relaciones entre actos y plazos. El estudio de los plazos procesales tiene en la teoría del proceso igual importancia que el de la forma impuesta por la ley para la preparación de los actos procesales. El proceso es, en efecto, una sección de ***actos*** que deben ser realizados dentro o después de transcurridos ciertos ***plazos.*.** Las nociones de acto y de plazo son, pues, correlativas e interdependientes.

Concepto de plazo. Plazo es el tiempo dado a una persona para realizar un acto o para adoptar una decisión.

Los plazos de procedimiento se componen de cierto número de unidades de tiempo: o de horas, o de días, o de semanas, o de meses, o de años. Los más comunes son los que constan de días o de meses.

El art. 1033, ref. por la L. 396 de 1940, contiene las re-

(17) Esta facultad actualmente también coirespande al presidente de la corte de apelación actuando como Juez de los referimientos, en virtud de lo dispuesto por los art. 140 y 141 de la citada L. 834.

glas generales acerca de los plazos de procedimiento, aplicables por consiguiente en todos los casos, a menos de disposición expresa de la ley en sentido contrario.

Al determinar la duración de cada uno de los plazos el legislador tiene que evitar cuidadosamente tanto el que sean demasiado largos como el que sean demasiado breves, ponderando en cada caso los intereses en pugna: el de la parte a quien conviniera disponer de todo el tiempo que quisiera, y el de la parte interesada en que su adversario dispusiera de la menor cantidad posible de tiempo. Los plazos demasiado largos tienen el gravísimo inconveniente de retardar excesivamente la decisión de los procesos, con perjuicio de los intereses pecuniarios y del tiempo de los litigantes, y a expensas de la celeridad de la justicia, que es una de sus cualidades más importantes. Por el contrario, los plazos demasiado breves no bastarían materialmente a las partes para cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, y las exponen a perder sus derechos por falta del tiempo indispensable para hacerlo valer en justicia.

Fijación. En principio, la ley determina en cada caso la existencia y la duración del plazo. La regla sufre excepción en dos series de hipótesis:

1 a. En ciertos casos el juez goza de un poder discrecional para conceder un plazo y fijar su duración (art. 21, 717 del C. de Pr. Civil; 86 de la L. 834).

2a. En otras ocasiones el juez puede alterar la duración de un plazo, sea aumentándolo o prorrogándolo (art. 21.74) sea reduciéndolo (art. 72,417).

Diferentes categorías. Los plazos de procedimiento pueden consistir: o en un espacio de tiempo que debe preceder a una actuación de la parte, generalmente una comparecencia (Art. 5, 75, 416); **o** en un espacio de tiempo durante cuyo transcurso un acto debe ser cumplido, como por ej. los plazos para interponer los recursos de apelación (art. 16 y 443 mod. por la L. 845 de 1978); de casación (art. 5 de la L. sobre Proc. de Casación), etc.; o en un espacio de tiempo durante

el cual no puede procederse a una actuación (art. 155 mod. por la L. 845 de 1978).

Computación. Los plazos establecidos por meses se calculan de fecha a fecha (Casación 8 de agosto de 1951, B. J. 501, p. 733; 28 de octubre de 1974, B. J. 676, p. 2850), sea cual sea el número de días de que se compongan los meses incluidos en el plazo, y no por períodos de treinta días. Es importante hacer notar esto, en razón de que algunos meses constan de 31 días, y el de febrero de 28 solamente, salvo en los años bisiestos. Por otra parte, en los casos en que el plazo tiene como punto de partida la fecha de un día último de mes que no se encuentra en el mes en que vence el plazo, se decide[18] que el plazo vence el último día de este mes. Así, el plazo de dos meses que comienza el día 28 de febrero termina el 30 de abril, y el que se inicia el 31 de diciembre termina al 28 de febrero.

Los plazos de días se computan de día a día completos, contándose como un día las 24 horas que comienzan y terminan a la media noche.

Los plazos de horas se calculan de hora a hora, o sea tomando como punto de partida la hora indicada en el acto o la hora del hecho con que se inicia el plazo, terminando en la última de las horas del plazo impartido.[19]. No deben confundirse el plazo de ***veinticuatro horas,*** por ej. los art. 198 y 436 del C. de Comercio, y el plazo de ***un día:*** el primero £e calcula de hora a hora, o sea comenzando en la hora en que ha ocurrido el hecho o el acto que le sirve de punto de partida, y terminando en \a hora correspondiente del día que sigue; el plazo de un día se computa de acuerdo con las reglas expresadas para los demás plazos que se componen de días.

En el cálculo de los plazos que se componen de días, de semanas, de meses, o de años, no se toma en cuenta el ***dies a***

(18) Pandectes Françaises, art. Délais, 84 y s. Dalloz, Encyclopédie Juridique, 2a. ed. Art. Délais No. 18 a 20.

(19) Pandectes Françaises, art. Délais, 71 Dalloz, ob., cil. Nos. 8 a 10.

quo, o sea el día en que ocurre el acto o el hecho que hace correr el plazo, porque ese día no contiene nunca 24 horas completas. Así, por ej., si un emplazamiento en materia civil es notificado a las tres de la tarde, el plazo de octava que tiene el demandado para comparecer no comienza a computarse sino a partir del siguiente día, puesto que en el día de la notificación hay solamente las 9 horas que corren desde las tres de la tarde hasta las doce de la noche.

Por la misma razón se debe decidir que en los plazos de horas no se cuenta la hora en que se hace la notificación que sirve de punto de partida al plazo, el que comienza a computarse solamente a partir de la hora siguiente.

Los plazos indicados por semanas deben ser computados a partir del día de igual nombre de cada semana subsiguiente.

Los plazos de uno o de varios años se cuentan, lo mismo que los que se componen de días o de meses, de fecha, a fecha: cada año transcurre desde el día en que parte el plazo al día del mes correspondiente del año que sigue. Es obvio, que en caso de año bisiesto, el plazo que comienza el 29 de febrero termina el 28 de febrero del año siguiente, y que, reciprocamente, el plazo que comienza el 28 de febrero termina el 29 de febrero del año bisiesto que sigue.

Plazos francos; plazos no francos. Los plazos francos, de meses o de días, son aquellos en cuyo cálculo se excluyen los días ***términos, el dies a quo,*** o día en que se inicia, el ***dies ad quem,*** o día que termina el plazo (art. 1033, ref. por la L. 296 de 1940). De aquí resulta que los plazos francos comprenden dos días adicionales sobre la duración nominal que les atribuye la ley, puesto que, como se ha dicho, en el cómputo de su duración no se toman en cuenta ni el día de su comienzo, ni el día de su vencimiento (v. Casación: 30 de julio de 1938, B. J. 336, p. 381; 23 de octubre de 1942, B. J. 387, p. 705; 28 de octubre de 1974, precitada).

El tipo de los plazos francos es el de octava, que el art. 72 imparte para comparecer al demandado en materia civil; la persona a quien se notifica el acto de emplazamiento el día primero del mes tiene para comparecer hasta el día diez,

puesto que no se toma en cuenta el día primero, que es el de la notificación ***(dies a quo),*** ni el día nueve, que es el octavo a partir del día dos que sigue a la notificación *(dies **ad quen).***

Para determinar cuáles son los plazos francos, por oposición a los plazos no francos, el art. 1033 dispone que "El día de la notificación y el del vencimiento no se contarán nunca en el término general fijado para los emplazamientos, las citaciones, intimaciones y otros actos hechos a personas o domicilio". En otras palabras, la ley considera como francos todos los plazos que se inician con una notificación hecha a la persona o en el domicilio (v. Casación, enero 1951, B. J. 486, p. 85).

Si no existiera la regla enunciada en el art. 1033, excluyente del *dies ad quem,* todo acto que se halle condicionado por un plazo debería ser hecho lo más tarde el día del vencimiento del plazo; pero se ha adoptado la regla contraria por consideraciones de favor hacia la parte, frecuentemente inexperta, que al recibir una notificación pudiera tener dudas acerca de la duración del plazo que se le imparte.

Se ha propuesto distinguir entre los plazos que deben preceder a una comparecencia o a un acto, y los plazos en los cuales un acto debe ser hecho, para sostener que solamente los primeros son francos, pero esta manera de ver es casi generalmente rechazada, admitiéndose por el contrario que son francos indistintamente todos los plazos que tienen como punto de partida una notificación hecha a la persona o en el domicilio.[20]

De acuerdo con lo que antecede son francos, por ej., los siguientes plazos: los de comparecencia ante el juez de paz (art. 5), ante el juzgado de primera instancia (art. 72, 416), ante la corte de apelación (art. 456), ante la S. C. de Justicia en funciones de Corte de Casación (art. 8 de la L. sobre proc. de casación), el prescrito para encausar a un garante (art. 175), el de la citación en reconocimiento de escrituras (art. 193).

En lo que se refiere a los plazos impartidos para ejercer los recursos, cuando tienen como punto de partida una noti-

(20) Glasson y Tissier, Traite, II, 449.

ficación a persona o a domicilio, se admite unánimemente que son francos los plazos dados para apelar de las sentencias de los j. de primera instancia (art. 443 mod. por la L. 845 de 1978), para recurrir en casación (art. 5 de la L. sobre Pr. de Casación). Pero hay controversias acerca de la naturaleza de los plazos de los demás recursos, a causa de que los términos empleados por la ley parecen indicar que esos recursos deberían ser interpuestos a más tardar el último día del plazo respectivo. Eso ocurre en los plazos de los art. 16 y 20 mod. por la L. 845 de 1978 respecto de los recursos de apelación y de oposición contra las sentencias de los j. de paz; de la apelación de las ordenanzas dictadas en referimiento, de acuerdo con el art. 106 de la L. 834 de 1978, que sustituyó el ¡art. 809 del C. de Pr. Civil, de la revisión civil (art. 483), de la apelación en materia de accidentes de trabajo (art. 13 de la L. 385 de 1932). La jurisprudencia y una parte de la doctrina francesa consideran que no son francos estos últimos plazos, fundándose en que la ley emplea, al determinar su duración, la que se ha llamado fórmula "inclusiva'o sea, que da solamente hasta el último día para intentar el recurso.[21] Pero esta opinión debe considerarse como insostenible, en presencia de la fórmula de alcance general empleada por el art. 1033, cuya razón de ser, como antes se ha indicado, es la de proteger a la parte inexperta que pudiera tener dudas, al recibiruna notificación, acerca del plazo de que dispone. Es preferible, pues, considerar francos todos los plazos para ejercer los recursos que comienzan a correr a partir de una notificación a persona o domicilio, sin prestar atención a la fórmula que emplea la ley en algunos casos particulares.[22]

(21) Glasson y Tissier, Traite, II, 449.

(22) Se ha sostenido (v. Henry Solus y RogerPerrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, 1961 pág. 900 y s.), que la tesis sobre la distinción entre plazos francos y no francos debería ser abandonada puesto que se ha probado que ella se presta a sorpresas: el legislador debe decidirse porque todos los plazos sean francos. Esta solución, afirman, tendría el mérito de la simplicidad y de la claridad.
De acuerdo con los art. 640 y 641 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, en los plazos de días no se cuenta el día del acto, del acontecimiento o de la notificación; en los plazos de meses o años, se tiene en cuenta el día de la fecha del acto, acontecimiento, notificación o decisión que lo hace correr; en los plazos de meses y días se debe ante todo descon-

Al contrario no son francos los plazos que no tienen como punto de partida una notificación a persona o a domicilio, como por ej.: los relativos a la instrucción de los asuntos civiles (art. 76 a 78) con excepción del plazo del acto recordatorio (art. único de la L. 362 de 1932), el de la apelación en materia de orden (art. 762).

Caso en que es feriado el último día. De acuerdo con el art. 1033, "Si fuere feriado el último día del plazo, éste se prorrogará hasta el siguiente." El alcance de esta disposición es controvertido. De acuerdo con un sistema se sostiene que la prórroga es aplicable exclusivamente a los plazos francos, puesto que el art. 1033, en que se halla inserta, trata únicamente de los plazos francos. En otra opinión,[23] que parece preferible por ser más favorable a los derechos de la parte contra quien corre el plazo, se trata de una disposición de alcance general, que concierne indistintamente a los plazos francos o no francos.

Cuando son feriados el día en que se vence el plazo y el día que le sigue, el plazo debe prorrogarse hasta el día que sigue a este último.

La disposición del art. 1033 ***in fine*** rige todos los plazos de procedimiento en materia civil y comercial pero es extraña a los plazos que no son de procedimiento, como por ejemplo el relativo a la renovación de las inscripciones hipotecarias.

No hay lugar a prorrogación cuando el último día ovarios de los últimos días del plazo caen en vacaciones (Casación: 20 de diciembre de 1920, B. J. 233, p. 23; 26 de septiembre, 1935, B. J. 302, p. 356; 8 de junio, 1979, B. J. 823, p. 997).

Aumento en razón de la distancia. Algunos plazos son aumentados en razón de la distancia que existe sea entre el lu-

tar los meses y después los días.
Se ha opinado por esto, que el Nuevo Código consagra un sistema de semiplazos, en los que el *dies a quo** no se tiene en cuenta por lo menos en los plazos de días. Pero el plazo expira el último día a las veinticuatro horas, y no el día siguiente del *dies ad quem* (v. Dalloz, Encyclopedie juridique, art. Delais, Nos. 11 y s).

(23) Glasson y Tissier, Traite; II, 450.

gar en que se encuentra domiciliada la persona a quien se notifica un acto y el lugar en que debe obtemperarse a ese acto, como por ej. el plazo de octava que tiene el demandado para comparecer conforme al art. 72, sea entre el lugar en que una persona se encuentra domiciliada y el lugar en que ella debe notificar un acto, como por ej. el plazo de octava que tiene el incompareciente para reiterar la oposición que formó, por declaración o por acto extrajudicial, a una sentencia en defecto por falta de comparecer en materia civil, de acuerdo con el art. 162. En el primer caso se trata de un plazo, el de la comparecencia, al que un acto, el emplazamiento, sirve de punto de partida; en el segundo caso se trata de un acto, la reiteración de la oposición, que debe hacerse al término de un plazo, el impartido por la ley para reiterar la oposición. En ambas ocurrencias el legislador prorroga la duración del plazo, tomando en cuenta la dificultad que resulta de la distancia que media entre el domicilio déla persona que debe adoptar una de esas decisiones y el lugar en que tiene que hacerlo.

De un modo general la distancia que sirve de base al aumento es la que existe entre el domicilio de la parte contra quien corre el plazo y el lugar en que ella debe actuar: el demandado que tiene su domicilio en San Pedro de Macorís, por ej., emplazado para comparecer ante el J.deP.I. de El Seibo, tiene para comparecer el plazo suplementario correspondiente a la distancia entre San Pedro de Macorís y Seibo; la parte domiciliada en San Pedro de Macorís, condenada en defecto por falta de comparecer en materia civil por el J. de P. I I. :de El Seibo, tiene el mismo suplemento de plazo para reiterar la oposición que formó mediante declaración verbal o por acto extrajudicial.

Cuando la parte es notificada en su domicilio elegido, como permite el art. 111 del C. Civil, se admite, en la opinión que predomina, que el plazo de la distancia se calcula tomando como base el domicilio elegido y no el domicilio real, puesto que la ley autoriza a hacer en ese domicilio todas las notificaciones[24]

(24) PENDECTES FRANÇAISES, art Délais, 184, s.

En los casos en que, de acuerdo con el art. 3 de la L. 259 de 1940, la notificación sea hecha en la persona de un agente o representante que dirige una ***sucursal,*** el aumento de plazo en razón de la distancia debe calcularse tomando como base el lugar en que se halla establecida la sucursal.

La ley toma en cuenta la distancia de dos modos distintos, según que la persona contra quien corre el plazo tiene su domicilio en la República o en el extranjero.

Cuando la persona contra quien corre el plazo tiene su domicilio en la República se aplica la disposición del art. 1033, mod. por la L. 296 de 1940, que aumenta el plazo en razón de un día por cada treinta kilómetros o fracción mayor de quince kilómetros de distancia. Anteriormente a la reforma de 1940 el aumento era de un día por cada tres leguas, es decir doce kilómetros de distancia. La disminución del aumento se explica por la mayor facilidad de los medios de comunicación en la actualidad. El art. 1033 determina, además, que las fracciones de distancia menores de quince kilómetros "no se contarán para el aumento, salvo el caso en que la única distancia existente, aunque menor de quince kilómetros, sea mayor de ocho, en el cual dicha distancia aumentará el plazo en un día completo".

Cuando la persona a quien se notifica tiene su domicilio en el extranjero el plazo de la comparecencia varía entre un minimun de 15 y un máximun de 120 días, de conformidad con la escala establecida por el art. 73, mod. por la L. 1821 de 1948: 15 días para los domiciliados en Estados Unidos de América, Cuba, Haití y Puerto Rico; 30 días para los domiciliados en Alaska, Canadá, y Terranova; 45 días para los domiciliados en México, América Central incluyendo Panamá y demás Antillas; 60 días para los domiciliados en Territorios suramericanos con litoral en el Mar Caribe o en el Atlántico, Estados o territorios de Europa, excluyendo Rusia y Estados o territorios del Norte de Africa; 65 días para los domiciliados en Estados o territorios suramericanos con litoral en el Pacífico, y demás partes de América; 120 días para los domiciliados en Rusia y otros puntos.

Es discutible si los plazos establecidos en el art. 73 son

plazos únicos impartidos para comparecer enjuicio al demandado que tiene su domicilio en el extranjero, o si, por el contrario, tales plazos deben ser adicionados, a titulo de aumento por razón de la distancia, al plazo ordinario de la comparencia previsto en el art. 72[25]

En un principio la jurisprudencia consagró la primera tesis respecto al plazo de 15 días francos en el cual debe comparecer el recurrido ante la S. C. de J. en funciones de Corte de Casación (Casación: 16 de julio de 1926, B. J. 192, p. 6; 25 de julio de 1928, B. J. 233, p. 13). La jurisprudencia más reciente (Casación: 17 de julio de 1931, B. J. 252, p. 26; 16 de enero de 1936, B. J. 258, p. 3; lo. de abril de 1981, B. J. 845, p. 2850) se inclina, por el contrario,a admitir la segunda tesis, la cual se recomienda por evidentes razones de equidad y analogía; en hecho, el demandado que tiene su domicilio en el extranjero puede verse privado del derecho de defenderse a causa de que, siéndole notificada la demanda, no a su domicilio, sino en la persona de un agente del ministerio público (art. 68-80), es posible que la citación no le llegue oportunamente.[26] La intención del legislador aparece manifiestamente cuando se toma en consideración lo dispuesto en los arts. 445, 446 y 725, que regula el plazo de la comparecencia, respectivamente, en la apelación, la revisión civil y la demanda en distracción de inmuebles embargados.

Asuntos en que figura el Estado. En los procedimientos en que figura el Estado no rigen las disposiciones del art. 1033 respecto del aumento de los plazos en razón de la distancia, sino las de la L. 1486 de 1938. Hay para distinguir según que el Estado sea parte de un proceso, o que sea tercero embargado en algunas especies de embargo retentivo y de oposición.

(25) F. Tavales hijo. Una interpretación liberal del art. 73 del Código de Procedimiento Civil, en REVISTA JURIDICA DOMINICANA abril-junio de 1951, 15 y s.

(26) V. al respecto, Cass req. 16 de noviembre de 1927, S. 1928, I, 171; Cass Civ. 29 de abril, 1928, D. H. 1928, 3011. En sentido contrario, Cass Civ. 5 de noviembre, 1923, S. 1923, I, 379, citadas por H. Solus y R. Perrot, ob. cit Tomo I, No. 448, p. 410.

El primer caso se rige por el art. 18 de la L. 1486 de 1938, que dispone que "El plazo para la comparecencia del Estado en toda demanda o citación, cuando fuera notificada en alguna oficina situada fuera de la Capital de la República, será aumentado en un día por cada 60 kilómetros, o fracción de esa cantidad, de la distancia existente entre el asiento de la oficina en que se haga la notificación y la Capital de la República, siguiendo el curso de los caminos o carreteras". Igual aumento se hará en el plazo señalado para intentar las vías de recurso contra las sentencias que le fueren notificadas al Estado, fuera de la Capital de la República".

Para el segundo caso el art. 14 pár. I y II de la misma ley dispone que "Cuando el embargo retentivo u oposición se notificare. . . en alguna colecturía de rentas internas que no tenga su asiento en la Capital de la República el embargo o la oposición no surtirán sus efectos respecto del Estado sino en la fecha que resulte añadiendo al día del embargo u oposición un día por cada doce kilómetros de distancia, por la vía teterrestre, entre la ciudad en que esté situada la colecturía y la Capital de la República"; y que, además, "cuando se trate del embargo, en manos del Estado, de sumas de dinero o de alguna otra cosa cuya entrega no icumba al Tesorero Nacional, el embargo no surtirá sus efectos frente al Estado, sino a partir de la fecha en que la notificación pueda ser tramitada, con la debida diligencia, al funcionario o a la persona a quien incumba ordenar la entrega, a menos que la notificación de ese embargo sea hecha, además, a ese funcionario o a esa persona".

Plazos que se aumentan. Para determinar cuáles plazos son susceptibles de aumentarse por razón de la distancia se ha propuesto distinguir, en primer lugar, entre los plazos francos que se se componen de un número de días y los que se componen de meses, para excluir a estos últimos del aumento..[27]

De acuerdo con este sistema no se aumentarían ni el plazo de la apelación contra las sentencias de los juzgados de pri-

ez?) **PANDECTES FRANÇAISES, art. délais, 173 y s.; Glasson y Tissier, Traite, II, 451; Garsonnety Cézar-Biu, Traité, IL 84.**

mera instancia, establecido por el art. 443, salvo el caso de que el apelante se halle domiciliado en el extranjero, en que rige el aumento establecido por el art. 73 según lo dispone el art. 445, ni el plazo de la revisión civil, regido por el art. 483, ni el plazo del recurso de casación, regido por el art.'5 de la L. sobre proc. de casación. La jurisprudencia, después de haberse pronunciado casi unánimemente en contra del aumento de los plazos de la apelación y de la revisión civil, se ha decidido recientemente porla opinión opuesta, admitiendo, por ej., que en todos los casos el plazo de la apelación se aumenta en razón de la distancia[28]. En cuanto al recurso de casación, la jurisprudencia dominicana empezó por decidir que el plazo de dos meses para interponerlo no era aumentable en razón de la distancia, ni para las personas domiciliadas en la República, ni para las domiciliadas en el extranjero (Casación: 16 de julio de 1929, B. J. 192, p. 6; 25 de julio de 1928, B. J. 216, p. 22; 13 de diciembre de 1929, B. J. 233, p. 13); pero adoptó luego el sistema opuesto, declarando que el plazo se aumenta en todos los casos en razón de la distancia, a causa de que los arts. 1033 y 73 del C. de Pr. Civil son enteramente aplicables al procedimiento de casación (Casación: 17 de julio de 1931, B. J. 252, p. 26; 15 de enero de 1932, B. J. 256, p. 3). El asunto no presenta en la actualidad discusión dados los términos del Art. 67 de la L. 3726 sobre Proc. de Casación de 1953, a cuyo tenor "Los plazos que establece el procedimiento de casación y el término de la distancia se calcularán del mismo modo que los fijados en las leyes de procedimiento". (Casación 27 de julio, -1984, B. J. 884, p. 1883).

En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación demasiado literal del art. 1033, seguida anteriormente por la jurisprudencia[29], el aumento de los plazos en razón de la distancia se aplica solamente a los plazos francos, no a los plazos no fran-

(28) Casación francesa, 20 de junio de 1911, Dalloz, Encyclopedia Juridique, 2a. Ed. Nos. 34 a 42, Sirey y Pand Franc., 1914, I, 73.

(29) Glasson y Tissier, H, 451.

cos. El principal argumento para ello es que, a seguidas de haber enunciado el art. 1033 la regía según la cual no se toman en cuenta ni el ***dies a quo ni el dies ad quem*** en el cálculo de los plazos francos, agrega que el término de esos plazos "se aumentará en un día por cada treinta kilómetros de distancia" (tres leguas conforme al antiguo art. 1033). Tal distinción, como criterio para decidir sobre el régimen de una y otra clase de plazos, es en la actualidad casi generalmente descartada, porque no existe ninguna correlación necesaria entre la determinación legal de los plazos que son francos y la necesidad de que los plazos sean aumentados en razón de la distancia. El establecimiento de los plazos francos obedece, en efecto, al deseo del legislador de evitar la posibilidad de que la parte ignorante del derecho se equivoque acerca de la duración del plazo de que dispone para emitir una manifestación de voluntad. Al excluir de la computación del plazo el ***dies a quo y el dies ad quem se*** elimina toda posibilidad de error, sea cual sea la manera como la parte calcule el plazo de que dispone. Por el contrario, el aumento de los plazos en razón de la distancia obedece a motivos racionales y de equidad: dar un tiempo suficiente para actuar a la parte que tiene que hacerlo en un lugar alejado de su domicilio. De aquí resulta claramente que no existe ningún motivo para decidir que los plazos no francos son al mismo tiempo plazos fijos, esto es, no susceptibles de aumento en razón de la distancia: la parte puede hallarse obligada a actuar en un lugar distante de su domicilio, tanto en el caso de que el plazo de que dispone sea franco como en el caso de que ese plazo no sea franco. De acuerdo con esta última opinión se decide que deben aumentarse por causa de la distancia, ***primero:*** los plazos impartidos a la parte para hacer una notificación en un lugar distinto de su domicilio, como por ejemplo el de octava para reiterar la oposición, hecha mediante declaración verbal o por acto extrajudicial, a una sentencia en defecto por falta de comparecer en materia civil (art. 162); ***segundo:*** los plazos que tiene la parte, cuando es citada en el domicilio de su abogado, para asistir o concurrir personalmente a ciertas medidas de instrucción, como por ej. a una prestación de juramento; a una información testimonial

(Casación, 9 de mayo de 1932, B. J. 262, p. 3), a una inspección de lugares (art. 297), a las operaciones de un experticio (art. 315)[30]

Se admite casi unánimemente que el art. 1033 tiene un alcance general, en el sentido de que los plazos de distancia favorecen indistintamente a las personas que tienen que notificar un acto después de transcurrido un plazo, como a las personas que pueden o tienen que hacer una cosa en un cierto plazo. El art. 1033 es también aplicable a las personas contra quienes corre un plazo cuyo punto de partida es un acto que no es una notificación: asi, por ejemplo, se debe aumentar en razón de la distancia el plazo de treinta días que tiene el recurrente de casación, a partir de la fecha del permiso de interponer el recurso, para emplazar a la parte recurrida (Casación 31 de julio de 1933, B. J. 276 p. 26).

La regla enunciada en el art. 1033 se aplica no solamente a los plazos de los procedimientos judiciales, sino también "en todos los casos previstos, en materia civil o comercial, cuando en virtud de leyes, decretos o reglamentos, haya lugar a aumentar un plazo en razón de las distancias", como, por ej.: el plazo de la comparecencia de los miembros del consejo de familia (art. 411 del C. Civil); al plazo para declarar la puja ulterior consecutivo a las notificaciones a fin de liberación del inmueble enajenado (art. 2185 del C. Civil)[31]

En favor de quien y **contra quien corren.** Cuando el plazo tiene una notificación como punto de partida rigen las siguientes reglas:

(30) El Art. 99 de la L. 834 de 1978 deroga las disposiciones del Art. 261. Las partes, de acuerdo con la nueva ley, son informadas, por el Secretario del tribunal de la fecha del informativo, por simple c arta o verbalmente.

(31) Las modificaciones introducidas en Francia al Art. 1033 por la L. del 13 de marzo de 1922, parecen haber hecho surgir más incertidumbre respecto de la tesis de si es o no indispensable una autorización expresa del legislador para considerar determinado plazo susceptible de ser aumentado en razón de la distancia. La Corte de Casación, desdeñado toda interpretación literal del Art. 1033, decidió que no es indispensable dicho requisito: el aumento en razón de la distancia es una regla esencial aplicable en principio en todos los casos en que una disposición contraria no hubiera prohibido el aumento (v. al respecto, H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciairie Privé Tomo I, Nos. 450 a 453, p. 413 y sig.

1 a. El acto que sirve de punto de partida al plazo aprovecha únicamente a la persona que lo ha notificado, y por consiguiente el plazo empieza a correr únicamente en su favor, salvo los casos de solidaridad o de indivisibilidad, en los que el acto emanado de uno de los acreedores o de los deudores aprovecha a todos los demás (art. 1199 y 2249 del C. Civil).

2a. El plazo corre únicamente en contra de la persona que recibe la notificación.

Estas reglas no han sido expresamente formuladas por el legislador; pero ellas resultan, implícitamente, sea de las diversas aplicaciones que hace la ley, como por ej. en materia de apelación incidental (art. 443), sea de las derogaciones expresas de que son objeto en los casos en que la ley decide, apartándose del derecho común, que el plazo corre al mismo tiempo contra la parte que recibe y contra la parte que hace la notificación, como por ej. en materia de orden (art. 762). Tradicionalmente se formula así: ***Nadie se excluye a sí mismo,*** y se le considera como interpretativo de la voluntad de la parte que requiere la notificación, ya que es lógico y conforme a la naturaleza de las cosas presumir que la parte notifica para hacer correr el plazo en su favor y contra su adversario, o sea excluir a éste del ejercicio de un derecho.

CAPITULO III - SANCIONES

SECCION I - NULIDADES; RESPONSABILIDAD

Diversas sanciones. La ley reprime la inobservancia de las reglas relativas a las formas de proceder: o con la nulidad del acto irregular, o con penas pecuniarias contra el oficial ministerial responsable de la irregularidad, o con ambas sanciones. El oficial ministerial puede incurrir, además, en penas disciplinarias.

Sistemas legislativos sobre nulidades. Un sistema de procedimientos sin formas preestablecidas, abandonado a la libre voluntad de las partes interesadas, sería la pura negación del procedimiento, e implicaría el sacrificio de los más débiles económicamente, o de los menos experimentados. Las formas del procedimiento son, pues, indispensables en todo sistema

legislativo. Han existido desde el momento en que las sociedades han alcanzado un cierto grado de desenvolvimiento, presentando variados matices en el curso de la evolución histórica.

Los derechos primitivos se distinguen por su carácter esencialmente formalista. Uno de sus tipos más acabados es el más antiguo de los sistemas de procedimiento del derecho romano, el de las ***legis actiones,*** en el cual los diversos procedimientos se hallaban sometidos a formas sacramentales tan estrictas, hasta en los menores detalles, que la omisión o el cambio de una sola palabra en la fórmula preestablecida podía hacer incurrir a veces en la pérdida del derecho o del proceso. Tuvo su utilidad y su razón de ser en una época en que era indispensable someter a las partes a seguir una vía estricta y legalmente trazada de antemano para obtener, en el ejercicio de sus facultades, la cooperación y la sanción de la autoridad pública, de manera que su actividad no pudiera degenerar en una pura vía de hecho, o en el empleo de la violencia inspirada exclusivamente en el interés personal. Pero a medida que el sentimiento jurídico se iba orientando hacia otras maneras de concebir la protección extrajudicial y judicial de los intereses individuales, y que los agentes del Estado, con el aumento de su poder, iban progresivamente tomando a su cargo la manipulación de las vías de derecho destinadas a dar esa protección, el sistema de las ***legis actiones*** fue cayendo en desuso, y paulatinamente suplantado por otros sistemas, cada vez menos formalistas; primero el sistema ***formulario,*** y finalmente el sistema ***extraordinario*** de procedimiento. Este es la antítesis del sistema de las ***legis actiones-,*** consuma la evolución histórica del procedimiento romano, y contiene por lo menos, en germen, los principios básicos del procedimiento moderno![32]»

No obstante hallarse inspiradas en principios muchos menos formalistas, las legislaciones modernas instituyen un

(32) Girard, Manual elementaire de Droit Romain, 8a. ed., 1025 y s.; Huvelin, Cours de Droit Romain, I, 126, ys.

sistema de nulidades, con el fin de asegurar el respeto de las formas de proceder. Tres tipos pueden ser destacados.

Conforme a un primer sistema que es el de la legislaciones germánicas, de Argelia y de Marruecos[33], el juez goza de amplios poderes, dentro de ciertos limites, para pronunciar o no la nulidad del acto de procedimiento irregular en la forma, de acuerdo con la importancia de la irregularidad.

En un segundo sistema, adoptado por el C. de Pr. Civil, los casos de nulidad se hallan establecidos por la ley, y el juez carece de potestad, tanto para pronunciarla nulidad en casos no previstos, como para no pronunciarla en los casos en que la ley la pronuncia. Este sistema es conocido como el de las sanciones ***no conminatorias*** (art. 1029), porque su aplicación no se halla abandonada al arbitrio del juez.

De acuerdo con un tercer sistema, que puede considerarse como una variante o un perfeccionamiento del primero, introducido en Francia por el D. del 30 de octubre de 1935-[34] "ninguna nulidad de emplazamiento o de un acto de procedimiento podrá ser admitido sino cuando se justifica que ha peijudicado los derechos de la parte adversa". Estos principios fueron desarrollados en Francia por el D. del 20 de julio de 1972, que fueron adoptados por los art. 112 a 120 del Nuevo Código de Pr. Civil, estableciendo una distinción entre las nulidades de fondo y las nulidades de forma. Hasta las reformas introducidas por la L. 834 de 1978, que adoptó el sistema ya indicado del nuevo código francés, entre nosotros rigió este tercer sistema, en tres casos particulares: litigios en que figura el Estado; litigios en materia laboral, e incidentes del embargo inmobiliario. A diferencia del anterior sistema, en que l^nulidad tiene que ser pronunciada como consecuencia de que se ha contravenido a la regla de forma, en éstos el pronunciamiento de la nulidad se halla sujeto a la prueba de que la parte interesada ha experimentado un peijuicio a consecuencia de la irregularidad que invoca.

(33) Golschmidt, Derecho Procesal Civil, 53; W, Kisch, Elementos de Derecho procesal 34.

(34) Glasson y Tissier, Traite, v. supl. pág. 537.

Con el propósito de conservar las ideas y principios generales expuestos por el autor de esta obra, muchas de las cuales son aplicables a la actual legislación, a la vez que constituyen un aporte valioso a la crítica, o por lo menos sirven para una útil comparación, se tratarán los sistemas sobre nulidades antes y después de las modificaciones mencionadas.

Sistema del Código de Pr. **Civil.** Este sistema se resume en las siguientes reglas fundamentales:

1 a. El acto no puede ser anulado sino cuando la nulidad está formalmente pronunciada por la ley (art. 1030): ***no** hay **nulidad sin texto.*** En cada caso la ley declara formalmente que la formalidad impuesta debe ser observada ***a pena de** nulidad,* por ej. en los art. 61, 68, 69, 70, 252 y s. del Código de Pr. Civil, 22 y 41 de la L. 1306 bis sobre Divorcio de 1937, etc.

2a. El juez tiene que pronunciar la nulidad del acto en que se contraviene a las reglas mandadas a observar a pena de nulidad. Las nulidades no son conminatorias (art. 1029).

Mediante la aplicación estricta de esas dos reglas, que niegan al juez todo poder de apreciación acerca de la conveniencia de pronunciar o no pronunciar la nulidad invocada, la ley se ha propuesto evitar en lo posible los litigios sobre nulidades, los que, por el contrario, pueden surgir más fácilmente en los sistemas que otorgan al juez el poder de decidir, en ciertas condiciones, acerca de la conveniencia de admitir la nulidad o la validez del acto.

Irregularidad que produce la nulidad. De acuerdo con un principio anteriormente enunciado, no se consideran observadas las formalidades legales, referentes a la enunciación del lugur, la fecha, los nombres y demás circunstancias relativas a la parte requeriente, al nombre y la calidad de la persona a quien se entrega la copia del acto, etc., sino en tanto que su cumplimiento se halle expresamente consignado en el mismo acto. El acto debe, por consiguiente^ fin de bastarse, asimismo, contener la prueba de su conformidad con las reglas de forma: los erroresu omisiones de que adolezca no pueden ser

enmendados o suplidos por medios de prueba extrínsecos a su propio contenido. Esto significa que la ley asimila el incumplimiento y la no enunciación del cumplimiento de las formalidades. Así, por ejemplo, si el acto no menciona la fecha en que fue notificado, o si no consigna que la copia fue entregada a un vecino a causa de que el alguacil no encontró en el domicilio al destinatario del acto ni a ningún pariente o siviente suyo, el cumplimiento de esos requisitos no puede ser probado de ninguna otra manera: el acto es necesariamente nulo por inobservancia de esas formalidades.

La regla enunciada no se opone a que las enunciaciones contenidas en el cuerpo del acto sirvan para reparar sus omisiones, o para rectificar sus errores, puesto que en este caso eí acto contiene elementos suficientes para establecer su validez, o, lo que es igual, se basta a sí mismo.

Por otra parte, el cumplimiento de las formalidades legales debe ser expresamente comprobado, en los actos de alguacil, simultáneamente: en el original, que pertenece a la parte requeriente, en las copias destinadas a las partes a quienes va dirigido el acto, y en el duplicado del original que el alguacil debe conservar conforme el art. 1 de la L. 980 de 1935. No se considera observada la formalidad cuyo cumplimiento no consta en cada una de las copias, aunque conste en el original, o cuyo cumplimiento conste en las copias, pero no en el original. En ambos casos el acto es nulo. Por aplicación del art. 1334 del C. Civil el hecho de que las copias sean regulares no impide la nulidad del acto, cuando el original es irregular. Inversamente, cuando la copia es irregular el destinatario puede proponer la nulidad del acto, aunque el original sea correcto: ***la copia en manos del destinatario vale como original.*** El destinatario, en efecto, al no conocer el original, tiene que atenerse, para apreciar la validez del acto, a las enunciaciones de la copia que está en su poder.

En todo caso, hay que tomar en cuenta, para la aplicación de esas reglas, el principio general de que no existen términos sacramentales para las enunciaciones que deben contener los actos de procedimiento.

De ahila posibilidad de emplear, siempre que no se des-

naturalice la esencia del acto, ex***piesiónesequiucdentes o equipolentes*** a las consignadas en la ley. Así, **por** ej., es válido el acto de emplazamiento en que se consigne la constitución de abogado (art. 61) diciendo por el abogado ***ocupará o postulará*** **por** el demandante, en vez de decir que ***defenderá,*** puesto que ***ocupar, postular y defender*** son términos que en este **caso** tienen un sentido idéntico.

Formalidades a que se **aplica** el **art..** 1030. «5) A fin de **dar una interpretación** restrictiva **a** la regla enunciada en el **art.** 1030, **la doctrina y** la jurisprudencia toman generalmente **en cuenta, de un lado** la distinción fundamental entre formalidades ***sustanciales o esenciales*** y de otro lado la **distinción entre disposiciones *imperativas y*** disposiciones ***prohibitivas.***

Son esenciales o sustanciales las formalidades que, aun no **mandadas a observar por** la **ley,** dan al acto su carácter específico, **y a falta de las** cuales **el** acto no podría ostentar ese carácter, **como por ej. la** designación de la parte requeriente, de **la parte a quien va dirigido el** acto, la expresión de la fecha, **la firma** del alguacil, etc. El acto de procedimiento debe ser anulado cuando **carece de una de esas** formalidades, aunque la **ley** no pronuncie expresamente **la** nulidad. Hay en este caso nulidad virtual. Por consiguiente deben ser anulados: el acto de citación **para** comparecer ante **el** juzgado de **paz** que **no** contenga las menciones relativas a las partes, el alguacil, a la demanda **y al** juzgado de **paz,** aunque el art. 2 que manda observar esas formalidades, no sanciona su contravención con la nulidad del acto; el acto que carezca de la firma del alguacil, a pesar de **que** la **ley** no **menciona** este requisito, puesto **que** se **trata** igualmente de una formalidad sustancial, en ausencia de la cual no puede admitirse que el acto existe (Casación: ***.6*** de diciembre de 1929, B. J. 253, p. 8; 23 de octubre de 1931, B. J. 255, p. 31; 12 de noviembre de 1926, B. J. 196, p. 5, en que se dice que la firma del alguacil "es lo que da autenticidad al acto **o a** la copia").

(36) Glasson y Tissier, Tmté, II, 441.

Se admite que la disposición contenida en el art. 1030 no se aplica a la omisión de una de esas formalidades sustanciales, sino únicamente a la omisión de una de las formalidades secundarias o accesorias, que no son por sí mismas constitutivas del acto, pero cuya observancia es impuesta por la ley, bajo pena de nulidad, por razones de conveniencia o de utilidad (v. Casación, 20 de diciembre de 1940, B. J. 365, p. 776).

Por otra parte, se acostumbra oponer las unas a las otras las disposiciones legales imperativas a las disposiciones prohibitivas. La contravención a las disposiciones en que la ley manda que el acto contenga determinadas menciones no se halla sancionada con la nulidad, de acuerdo con el art. 1030, sino cuando la ley lo manda así expresamente. Al contrario, la violación de las disposiciones que mandan que un acto no podrá hacerse, o que un acto no será recibible sino en ciertas condiciones, o que ciertas enunciaciones no podrán insertarse en un acto, conlleva siempre la sanción de la nulidad, sin que sea necesario que la ley la pronuncie expresamente. Hay también en este caso nulidad virtual o sobreentendida.[36]

Limites del sistema. Al decidir que las nulidades de procedimiento no son conminatorias la ley dispuso que el acto irregular fuera anulado por el solo hecho de que se comprobara la omisión de una de las formalidades prescritas a pena de nulidad, sin atención a la circunstancia de que la irregularidad hubiera causado o no un pequicio a la parte adversa. Por consiguiente, "cuando el juez compruebe la omisión en un acto de una fomialidad requerida apena de nulidad, debe declarar nulo, el acto, si la nulidad no ha sido legalmente cubierta" (Casación, 17 de julio, 1919, B. J. 103, p. 5).

La doctrina y la jurisprudencia fueron orientándose hacia una interpretación sumamente liberal del art. 1029, y admitieron que la nulidad no podía ser pronunciada cuando la irregularidad no tuviera por consecuencia el inducir en error o causar un perjuicio al destinatario del acto (v. Casación, 18 de febrero, 1947, B. J. 439, p. 81). Así, por ej. la nulidad del acto no era pronunciada cuando el destinatario no había podido tener ninguna duda acerca de la identidad del requeriente. Tampoco se anulaba el acto de emplazamiento que contenía un error en la indicación del domicilio del demandante, cuando el demandado no había podido ser perjudicado por ello, porque conocía en hecho ese domicilio. Era una tendencia a tomar en cuenta, en la aplicación del art. 1029,

(36) V. H. Solus y R. Perrot, ob. cit.. No. 407. p. 369 y s.

dentro de ciertos límites, las razones de equidad y de conveniencia que postulaban en favor del sistema legislativo que tiene como fundamento el principio "no hay nulidad sin agravio", pero que ciertamente no era consagrado por el art. 1029. Con esto se propuso la jurisprudencia atenuar el rigor del sistema de la ley, cuya aplicación demasiado estricta se consideró como excesivamente enérgica en ciertos casos[(d]

Alcance i del sistema[(38)]'De acuerdo con una opinión las reglas dictadas por los arts. 1029 y 1030 serían aplicables a todos los actos del procedimiento, indistintamente; pero ha prevalecido en doctrina y jurisprudencia una interpretación restrictiva, en el sentido de que la nulidad puede afectar únicamente los actos de los oficiales ministeriales (secretario, alguacil, vendutero público), pero no los actos jurisdiccionales, o sea las sentencias (v. Casación, 9 de febrero de 1923, B. J. 150-152, p. 35), ni los actos emanados de los auxiliares de la justicia que no son oficiales ministeriales, como los de los peritos por ejemplo, ni los actos de abogado (Casación, 16 de abril de 1923, B. J. 153-155, p. 1).

Las nulidades regidas por los arts. 1029 y 1030 son exclusivamente las de forma, esto es, las que se originan en la inobservancia de una formalidad intrínseca o extrínseca, del acto de procedimiento. Esas nulidades debían ser opuestas ***in limine litis,*** antes que los medios de fondo, bajo forma de ex-

(37) La jurisprudencia sin embargo, fue muy lejos en la aplicación de la máxima, "no hay nulidad sin agravio". En algunos de sus fallos, laS. C. de J. validó actos de procedimiento en los cuales lanulidadconsisteen la omisión de la firma del alguacil (v. Casación, 8 de marzo de 1955, B. J. 536, p. 445; 5 de noviembre de 1957, B. J. 568, p. 2264). La firma, es una formalidad sustancial, o sea, una de aquellas que dan al acto de alguacil su naturaleza y carácter auténtico; indica que dicho acto ha sido realizado por un oficial ministerial debidamente autorizado (v. Garsoneete y Cézar-Bru, Traité Teorique et Pratique de Procedure, II, pág. 180). La tendencia de la jurisprudencia francesa, antesde 1935, fue lade descartar la aplicación de lamáxima en los casos de violación de una formalidad sustancial. Sin embargo, parte de la doctrina francesa se inclinaba hacia la tesis contraria (v. M. Henry Solus, Cours de Droit Judiciairie Privé 1952-1959, p. 130 y s(. Conviene aclarar que en Francia, la máxima, "no hay nulidad sin agravio" fue consagrada legalmente con la modificación del art. 173 del C. de Pr. Civil. Posteriormente, con ia adopción del Nuevo Código de Pr: Civil se fijan las condiciones de lanulidadasi como el momento en que éstas son presentadas. Entre nosotros, la aplicación de la indicada máxima iré puramente jurisprudencial, salvo los casos de leyes especiales señalados más adelante hasta su consagración legal, en la L. 834 de 1978.

(38) Glasson y Tissier, Traité, II, 441.

cepción de procedimiento, conforme al antiguo art. 173. Por el contrario, los arts. 1029 y 1030 eran ajenos a las nulidades de fondo que podían afectar los actos de procedimiento, originadas en la falta de capacidad o de interés de la parte actora. Estas últimas nulidades constituían *medios de defensa o medios de inadmisibilidad,* que podían ser propuestos en todo estado de la causa.

Las nulidades que puedan afectar las sentencias no se hacen valer proponiendo una excepción de nulidad, sino por medio del ejercicio de la correspondiente vía de recurso (oposición, apelación, casación, etc.).

La excepción de nulidad. De acuerdo con el C. de Pr. Civil es la pretensión de una de las partes, demandante o demandada, mediante la cual sostiene que no es válido en la forma un acto de procedimiento que le opone su adversario, a causa de la inobservancia de una formalidad sustancial o de una formalidad prescrita por la ley a pena de nulidad.

Las formalidades a que se hallan sujetos los actos procesales pueden haber sido impuestas por la ley con un fin de interés general, o de orden público, como la que requiere que, en general, la citación para comparecer en justicia debe ser notificada por un alguacil[39] Si, por ej., la citación ha sido hecha por una persona que no tiene la calidad de alguacil, se admite por la mayoría, especialmente si se trata de un asunto civil de la competencia del j. de p. i., que cualquiera de las partes, no solamente la demandada a quien se le opone ese acto sino también la demandante, puede pedir que se declare la nulidad del acto. Asimismo la nulidad puede ser pedida por el ministerio público en su dictamen, y pronunciada de oficio por el tribunal.

Pero generalmente las formalidades relativas a la forma de los actos son prescritas en interés de una de las partes, especialmente en beneficio del demandado, esto es, para la

(39) El art. 7 dispensa de la formalidad de la citación ante el juzgado de paz cuando* ambas partes, siendo capaces, comparecen voluntariamente, y declaran que se someten a que el jucio sea celebrado sin citación.

protección de un interés particular En este caso, por el contrario, la nulidad no puede ser propuesta por el ministerio público, ni pronunciada de oficio por el tribunal, ni invocada por la parte que la cometió, sino que puede solamente ser pedida por la parte frente a quien el acto fue hecho, y cuyo interés particular se halla protegido por la regla violada. Así, por ej., es el demandado únicamente quien puede invocar la nulidad cometida en el acto de citación o emplazamiento, por falta de una o varias de las menciones indicadas respectivamente en los arts. 2 y 61, puesto que esas formalidades tienden a proteger especial y únicamente su interés como demandado. Sin embargo, se admite generalmente que el tribunal puede por aplicación del art. 150, estatuir de oficio acerca de la nulidades de puro interés privado contenidas en el acto de emplazamiento, cuando el demandado no ha comparecido, puesto que en este caso el tribunal no debe adjudicar al demandante el beneficio de sus conclusiones sino cuando sean justas y reposen en una prueba legal, lo que conlleva la necesidad de un acto de emplazamiento regularmente notificado:^ - . - -

La parte interesada puede renunciar, expresa o implícitamente, al derecho de invocar las nulidades de orden privado. Se dice entonces que las nulidades han sido ***cubiertas.***

De acuerdo con el antiguo art. 173 la excepción de nulidad tenía que ser propuesta al comienzo de la instancia, ***in limine litis,*** pudiendo ser invocada, sin embargo, después de la excepción de fianza contra el extranjero demandante, y de la excepción de incompetencia, pero tenía que ser propuesta antes que las demás excepciones, especialmentre que las excepciones dilatorias, y con mayor razón, antes que los medios de defensa al fondo. Al decirdirlo así, el art. **173** quiso impedir el petardo, contrario a la celeridad de la justicia, que resultaría necesariamente si fuera permitido a la parte interesada aguardar hasta el momento de la clausura de los debates para invocar la nulidad, ya que, en caso de que se admitiera esa excepción, sería preciso reanudar el procedimiento, desde su prin-

(40) Classon y Tisáer, Traite, II, 442.

cipio si lo anulado es la citación, o a partir del acto anulado cuando la nulidad afectare uno de los actos posteriores a la citación.

Cuando se trata de una irregularidad cometida en uno de los actos de procedimento intervenidos posteriormente a la citación, o sea ya en el curso de la instancia, la nulidad debe ser propuesta tan pronto como el acto irregular llegue a conocimiento de la parte adversa. La nulidad queda cubierta por cualquier acto emanado de ésa parte que signifique aceptación del acto irregular. Por ej., la nulidad del acto recordatorio quedará cubierta por las conclusiones presentadas en audiencia, sobre el fondo o sobre una de las excepciones que no pueden ser propuestas antes que la nulidad.

La nulidad de los actos de procedimiento, aun cuando sea de orden público, tiene que serpr@mmeiacla en el curso de la instancia. Después de proiuHÍme\a4a/sen)^i1cia definitiva, la nulidad, si es de orden pj/plicoY^oñriS s$r^&nu^ciada, aun de oficio, al conocerse d¿Iakun$o con motivo ^fejéteicio de una vía de recurso ordináf^Yopos^^f^^^velacióií) (^extraordinaria (revisión civil, tercería, c^atíSát^.as nuíjd^des de interés privado tienen qué^ser nci^ófá^^te propuestas también en el curso de la instancia, sitTo^füe 10 pueden ser pronunciadas después de la se%fcí)!cia definitiva, a mepos^que, habiendo sido rechazada la exd^á&éi^ se la prc^cmga como agravio contra la sentencia en apo^ted^ic^fesbg^mente recurso que se ejerza. Una vez transcurridos los plazos para el ejercicio de los recursos, la sentencia viene a ser irrevocable, y ya es imposible invocar de ningún modo la nulidad de los actos de procedimiento que la anteceden, ni por vía de acción, puesto que las sentencias no pueden ser atacadas por medio de una acción principal en nulidad sino únicamente por el ejercicio de los correspondientes recursos, ni tampoco por vía de excepción, lo que supone una instancia, y no la hay a partir de la sentencia definitiva, la cual pone fin a la instancia.

Consecuencias de la nulidad. Al **ser** pronunciada la nulidad de un acto caen necesariamente los actos posteriores que son consecuencia del acto anulado. La nulidad de la citación,

por ej., entraña forzosamente la nulidad de todos los actos posteriores de la instancia, puesto que la citación es el acto que generalmente la inicia,[41] y del cual dependen todos los demás.

En cambio, subsisten los actos del procedimiento que no tienen relación alguna con el acto anulado. Así, la nulidad de la declaración de uno de los testigos no produce ningún efecto sobre los actos de que se compone la información testimonial, porque entre ellos no existe una dependencia necesaria.

Cuando la nulidad es pronunciada el acto de procedimiento cae, y se tienen como no producidos los efectos que debía producir.

El acto anulado, sin embargo, puede ser rehecho, si se está en tiempo oportuno, y si la ley no lo prohibe. El nuevo acto produce entonces todos los efectos que hubiera podido producir el acto anulado.

Pero el acto no puede ser rehecho después de transcurrido el plazo en que tenía que ser hecho bajo pena de prescripción del derecho deducido en justicia, o de exclusión del ejercicio de una vía de recurso: ejemplo de lo primero es el caso de nulidad del acto de citación o emplazamiento que había interrumpido la prescripción (art. 2247 del C. Civil); ejemplo de lo segundo es el del acto de apelación que es anulado cuando ha transcurrido el plazo de la apelación (art. 444).

El costo del acto anulado queda a cargo de la parte a cuyo requerimiento fue hecho, salvo su derecho de reclamar indemnización al oficial ministerial responsable de la nulidad (art. 1031).

Sistemas consagrados por leyes especiales. En los tres casos que se mencionan en seguida la nulidad del acto procesal está sometida a reglas particulares.

I. El art. 20 de la L. 1486 de 1938 dispone que "En las causas en que figure como parte el Estado no se aplican los arts. 1029 y 1030 del C. de Pr. Civil; pero el tribunal podrá, a petición de la parte interesada, declarar nulos los actos en que

(41) Art. 2, 61, 415, por ej. A veces la instancia se inicia con una demanda na contenida en una citación, sino presentada al tribunal, como ocurre en los casos de los arts. 213 y 216 del C. Civil.

no se hubieren cumplido las formalidades prescritas por la ley, cuando compruebe que la irregularidad haya tenido como resultado inducir en error al destinatario del acto, o cuando en alguna otra forma le hubiere causado perjuicio a la parte que pida la nulidad". Esta norma constituye una adopción, para los asuntos en que figura el Estado, como demandante o cómo demandado, del tercer sistema legislativo de nulidades, al aplicar el principio "«o *hay nulidad sin agravio o perjuicio".*

II. El art. 56 de la L. 637 de 1944 dispone lo que sigue: "no se admitirá ninguna clase de nulidades de procedimiento, a menos que éstas sean de una gravedad tal que imposibiliten al tribunal, y a juicio de éste, conocer y juzgar los casos sometidos a su consideración". "En este caso se decidirá por la misma sentencia las dichas nulidades y el reenvío para conocer del fondo del asunto". /

III. El art. 715 dispone que, en el procedimiento del embargo inmobiliario, "ninguna nulidad podrá ser pronunciada en los casos en que, a juicio del tribunal, no se lesionare el derecho de la defensa (infra, libro IX).

Sistema de la L. 834. Como se ha observado el sistema establecido por la L. 834 de 1978, ha consagrado legalmente el principio "no hay nulidad sin agravio". Pero también se observa en el legislador una marcada intención de evitar incidentalismos retardatarios y abusivos, inevitables con la aplicación del antiguo sistema.

Se distinguen las nulidades de forma y las nulidades de fondo.

Nulidades por vicio de forma. Los art. 35 a 38 de la citada ley establecen las normas siguientes: Las nulidades de los actos de procedimiento pueden ser invocadas a medida que éstas se cumplen. Sin embargo, la nulidad quedaría cubierta si el que la invoca ha hecho valer, con posterioridad al acto criticado, defensas al fondo o un medio de inadmisibilidad sin promover la nulidad. Los medios de nulidad contra los actos de procedimiento ya hechos, deben ser invocados simultáneamente, bajo pena de inadmisibilidad. La mera com-

parecencia para proponer la nulidad no cubre ésta. Ningún acto de procedimiento puede ser declarado nulo por vicio de forma, si la nulidad no está prevista expresamente por la ley, salvo los casos de incumplimiento de una formalidad sustancial de orden público. La nulidad no puede ser pronunciada sino cuando la parte que la invoca prueba ielr agravio que le ha causado la irregularidad, aún cuando se trate de una formalidad sustancial o de orden público[42]. La nulidad quedará cubierta por la regularización ulterior del acto, si no se ha producido una caducidad, y si la regularización dejara subsistiendo un agravio.

Nulidades por vicio de fondo. De conformidad con los art. 39 a 43 de la L. 834 las nulidades de fondo se producen en los casos de falta de capacidad o de poder para actuar en justicia.

Las nulidades de fondo pueden ser propuestas en todo estado de la causa, salvo la facultad reconocida al juez de imponer una condenación a daños y perjuicios a la parte que se haya abstenido de proponer las nulidades de fondo con anterioridad, con propósitos dilatorios.

No es aplicable a estas nulidades el principio "no hay nulidad sin agravio": la parte que las invoca no está obligada a justificar un perjuicio.

Pueden ser pronunciadas de oficio cuando la irregularidad es de orden público o en caso de falta de capacidad de actuar en justicia.

Por otra parte, el art. 43 de dicha ley establece que, en caso de que la nulidad por vicio de fondo fuera susceptible de ser cubierta, ésta no es pronunciada si la causa ha desaparecido al momento en que el juez estatuya.

(42) El -»gravio 110 debe ser coníUndido con el interés que una persona pueda téner en demandar 3 a nulidad, pues todo litigante tiene interés de hacer declarar nulo el acto que emana de su adversario. En realidad, el agravio debe entenderse como el perjuicio qy^ la inobservancia de la formalidad prescrita ha causado a la parte adversa, impidiéndole defender correctamente sus derechos (v. H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, 1961, pág. 382.

Sanciones a los ministeriales. Los art. 71, 132, 1030 y 1031 y 137 y s. de la L. de O. J. pronuncian las siguientes sanciones contra el oficial ministerial a quien es imputable la irregularidad del acto de procedimiento: la., el costo del acto irregular debe ser soportado por el ministerial, aun cuando el acto no sea nulo; 2a., el ministerial puede ser condenado a pagar al requeriente una indemnización reparativa del peijuicio causado con la irregularidad; 3a., aun cuando el acto no sea anulado, el ministerial puede ser condenado al pago de una multa; 4a., el ministerial puede ser perseguido disciplinariamente.

Para la imposición de esas diversas sanciones al alguacil, parece necesario hacer una distinción. Si él ha preparado personalmente el acto irregular su responsabilidad pecuniaria y disciplinaria es completa. Por el contrario, si se le ha entregado el acto enteramente preparado, no parece que el alguacil deba ser necesariamente responsable, puesto que, por una parte, de acuerdo con el art. 83 de la L. de O. J., el alguacil no puede negarse sin excusa legal a preparar los actos de su competencia, y por otra parte de acuerdo con el art. lo. de la L. 533 de 1933, él puede dar curso a los actos que se le entreguen ya enteramente confeccionados. En todo caso, sin embargo, es deber del alguacil advertir a la parte que requiere su ministerio la irregularidad de que adolece el acto que se le entrega[43]?

SECCION II - INADMISIBILIDADES

Noción de la inadmisibilidad. La *inadmisibilidad, exclusión o* ***caducidad*** es la sanción en que se incurre cuando un acto procesal no ha intervenido en el plazo impartido para hacerlo.

El *fin de inadmisión o medio de inadmisión,* como también se le denomina, no contesta directamente el derecho alegado por el adversario; tiende a declararlo inadmisible.

Se ha considerado que la inadmisibilidad es un medio de

(43) Glasson y Tissiser; Traité, II, 445.

defensa de naturaleza mixta, ya que se podría situar entre las defensas al fondo y las excepciones.

Difiere de las defensas al fondo, por lo cual se asemeja a la excepciones, en cuanto a su objeto, y en cuanto a su técnica procesal; difiere de las excepciones por lo que se asemeja a las defensas al fondo, en cuanto a sus resultados. En efecto, mientras las defensas al fondo tienden a anonadar un derecho alegado, la inadmisibilidad contesta el derecho del demandante a ejercer la acción, sin atacar el derecho mismo. La inadmisibilidad se presenta como una especie de cuestión previa, que impide la discusión respecto de los fundamentos de la demanda. Pero sus resultados son más enérgicos que las excepciones, ya que las inadmisibilidades van encaminadas a impedir el ejercicio del derecho alegado. Es por lo que, en sus resultados son similares a las defensas al fondo.

Para determinar cuando se incurre en una caducidad o exclusión, hay que considerar tres hipótesis distintas.

la., En los casos en que la ley prescribe que un acto *debe ser hecho dentro* de un determinado plazo, se incurre en una caducidad cuando transcurre el plazo sin que el acto haya sido hecho. Esto ocurre, por ej., con los plazos de la apelación (art. 16,443, 444), de la revisión civil (art. 483), de la casación Cart. 5 de la L. sobre Pr, de Casación), con el impartido para comenzar la información testimonial (art. 257')"
Se admite generalmente que en estas hipótesis la caducidad se produce *de pleno derecho,* especialmente en los tres primeros casos, en que se trata del ejercicio de los recursos de apelación, revisión civil y casación; pero esta opinión parece injustificada, puesto que reposa en la suposición, sin apoyo en los principios ni en los textos, de que los plazos *dentro de los cuales* deben ser ejercidos los mencionados recursos tienen un carácter de orden público (infra, libro VIII).

2a. En los casos en que el plazo *debe preceder* a un acto la mera expiración del plazo no basta para que se incurra en la caducidad. Esto ocurre, por ej. con los plazos que en mate-

(44) La disposición del art. 257 lie sustituida por los Art. 97 a 99 delaL. 834 de 1978.

ría civil tienen el demandado para comparecer enjuicio mediante constitución de abogado (art. 75), y el que antiguamente tenía para notificar su re'plica (antiguo art. 78)[45]. Aún despue's de la expiración de esos plazos el demandado puede va'üdamente constituir abogado o podía notificar sus defensas, hasta tanto el demandante no se hubiera prevalido de la caducidad resultante de la expiración del plazo requiriendo que se pronunciara el defecto; igualmente podía éste notificar su replica hasta tanto el demandado no presentaba ante el tribunal conclusiones en que requiriera que se pronunciara el defecto contra él por falta de concluir.

3 a. En otros casos la ley *prohibe* que se haga un *acto* antes de que transcurra un cierto plazo. Esto ocurre con los recursos de revisión civil (art. 480), de casación (art. 5 de la L. sobre Pr. de Casación; infra libro VIII).En estos casos no puede hablarse, propiamente, de caducidad, sino de *inadmisibilidad* del recurso por *prematuro.*

La pretensión que se persigue con el acto el acto de procedimiento hecho tardíamente es *inadmisible o irrecibible.* Se dice en otros términos, que ha *caducado* el derecho de hacer valer la pretensión. En cambio, no hay verdadera caducidad cuando el acto procesal ha sido hecho dentro del plazo en que la ley prohibe hacerlo. La pretensión es en este caso meramente*einadmisible o irrecibible,* en el momento, y puede hacerse valer más tarde mediante un acto hecho después que haya transcurrido el plazo dentro del cual está prohibido hacerlo.

Por aplicación del principio enunciado en el art. 1029, según el cual las caducidades, lo mismo que las nulidades, no son conminatorias, el juez debe pronunciar, si le es pedida por la parte interesada, la inadmisibilidad del acto intervenido fuera del plazo, sea prematuramente, sea tardíamente. Si la disposición que establece la inadmisibilidad es de

(45) La L. 845 de 1978 suprimió el procedimiento ordinario. La mención de los antiguos art. 77 y 78 se mantiene en el texto de la obra, para conservar, en lo posible, las ideas vertidas por su autor.

orden público, ella debe ser pronunciada de oñcio[46] Esto ocurre ciertamente en los casos en que el acto mediante el cual se deduce un recurso es hecho prematuramente, y ocurre también, de acuerdo con la opinión generalmente admitida (infra, libro VIII), en los casos en que el acto interviene tardíamente.

La caducidad de procedimiento se diferencia fundamentalmente de la prescripción. La prescripción es un plazo dado para ejercer un derecho o una acción. Una vez expirado ese plazo se extinguen el derecho y la acción. Por el contrario, la caducidad hace perder solamente el derecho de hacer un acto; pero el derecho o la acción queda a salvo, a menos que, indirectamente, la caducidad alcance también al derecho o a la acción.

La caducidad de procedimiento, a diferencia de la prescripción, afecta a los incapaces, igual que a las demás personas (art. 178,398,444).

En principio, los plazos de procedimiento corren apesar de los obstáculos de hecho que pueden presentarse para actuar. Sin embargo, parece justo admitir que no se incurre en la caducidad si un caso de fuerza mayor ha impedido hacer la diligencia del plazo

Quien incurre **en la caducidad.** En todos los casos en que la inobservancia de un plazo de procedimiento está sancionada con la caducidad, sólo incurre en ella la parte que ha recibido la notificación que sirve de punto de partida al plazo, pero no la parte que ha requerido la notificación. En otros términos: la caducidad o la exclusión afectan únicamente a la persona contra quien corre el plazo: es **una** aplicación, en otro aspecto, de **la** regla *nadie se excluye a sí mismo,* anteriormente señalada. De ahí que, en materia de recursos, por ej., si la sentencia contiene disposiciones favorables y disposiciones desfavorables a la parte **que** las notifica, los plazos

(46) V. art 47 de la L. 834 de 1978.

(47) Glasson y Tiasier, obra citada.

para el ejercicio de los recursos corren y las caducidades se producen contra la parte que recibe la notificación, y no contra la parte requeriente. Para que éste incurra a su vez en la caducidad del recurso que puede ejercer es preciso que su adversario le haga a su vez notificar la sentencia.

En ciertos casos excepcionales (por ej. en los del art. 762) los plazos corren y la caducidad se produce indistintamente contra la parte que recibe la notificación y contra la parte que la requiere.

Los medios de inadmisión según la L. 834. De acuerdo con los art. 44 a 48 de la L. 834, constituyen una inadmisibilidad todo medio que tienda a hacer declarar inadmisible la demanda del adversario sin examinar el fondo, por falta de derecho para actuar, como por ejemplo, la falta de calidad, la falta de interés, el cumplimiento de la prescripción, la expiración del plazo prefijado para el cumplimiento de un acto de procedimiento o comprometer la instancia, o la cosa juzgada.

Las inadmisibilidades pueden ser propuestas en todo estado de la causa, pero el juez tiene facultad para condenar al pago de daños y peijuicios al litigante que, con intención dilatoria, se haya abstenido de invocar con anterioridad, dichos medios de inadmisibilidad.

Quien los invoca, no está obligado a justificar un agravio, aún en el caso de que la inadmisibilidad no resultara de una disposición expresa. Deben ser suplidas de oficio por el juez cuando tienen carácter de orden público, especialmente cuando sean la consecuencia de la inobservancia de los plazos mediante los cuales deben ser ejercidas las vias de recursos.

De manera expresa, las disposiciones de la L. 834 indican que el juez puede suplir de oficio el medio de inadmisión resultante de la falta de interés.

Cuando la situación que ha dado lugar a un medio de inadmisión es susceptible de ser regularizada, la inadmisibilidad se considera improcedente, si su causa ha desaparecido en el momento en que el juez estatuya, asi como en el caso de que, antes de la exclusión, la persona que tiene calidad para

actuar viene a ser parte de la instancia.

Las disposiciones precedentes corresponden en el texto de la L. 834 a una traducción literal, en ocasiones incorrecta, de los art. 122 a 126 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.[48]

(48) **Puede citarse como ejemplo, el uso de la expresión** *invocadas de oficio* **(art. 42 de la L. 834). El texto francés úsala palabra** *relévé* **cuya traducción correcta es reemplazar, relevar. El vocablo** *suplir* **parece más correcto.**

LIBRO IV

La acción en justicia (*)

TITULO I - CONDICIONES DE EJERCICIO

CAPITULO I - GENERALIDADES

Vía de derecho, acción, demanda en justicia. En un sentido muy general se llaman *vías de derecho* los diversos medios jurídicos establecidos para asegurar el cumplimiento de la regla de derecho.

Comúnmente la vía de derecho tiene por finalidad proteger el ejercicio de un derecho subjetivo, u obtener el restablecimiento de su disfrute, o la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con su violación o desconocimiento. Sin embargo la vía de derecho protege a veces una situación jurídica que no constituye un derecho subjetivo, sino un simple estado de hecho: tal ocurre con la posesión, y aún a veces con la simple detentación de ciertos derechos reales inmobiliarios protegidos por las acciones posesorias.[1]

(*) Dalloz, REPERTOIRE PRACTIQUE, art. Action; PANDECTES FRANÇAISES, art. Action; Rousseau y Laisney, DICTIONAIRE DE PROCEDURE, art. Action en justice;Glasson, Précis de Procedure Civile, 2a. ed., I p., 223 y s., Garsonnet y Cézar-Bru, Traité, I p. 520 y s.: Garsonnet y Cézar-Bru. Précis de Procedure Civile, 9a. éd., p. 86 y s.; R. Japiot, Traité élémentaire de Procedure Civile et Commerciale, 2a. éd., p. 50 y s.; L. Cremieu. Précis theorique et practique de Procedure Civile, p. 75 y s.; M. Laborde-Lacosté, Précis elementaire de Procedure Civile, 2a.éd., p. 21 y s.; R. Morel, Traité elementaire de Procedure Civile, 2a. Ed., p. 23 y s.; L. Mattirolo, Tratado de Derecho Judicial Civil, I, p. 17 y s.; H. Alsina, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, I, p. 174 y s.; F. Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, II, 133 y s.; J. Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, p. 96 y s.; W. Kisch Elementos de Derecho Procesal Civil, p. 171 y s.; G. Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, p. 57 y s.; Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, p. 20 y s.; U. Rocco, Derecho Procesal Civil, I p. 152 y s.,M., de laPlaza, Derecho Procesal Civil* español, I, p. 107 y s.; R. de Pina y J. Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, p. 109 y s.; E. J. Couture, Fundamento del Derecho Procesal Civil, p. 15 y s.; T. Jofté Manual de Procedimiento (civil y penal), III. p. 11 y s.; P. Calamandrei, Instituciones de Derecho . , Procesal Civil,p. 143 y s;H, Solusy R. Perrot, DroitJudiciare Privé, Tomo I, Pág. 94 y s.; Dalloz, Nouveau Code de Procedure Civile, (Petit Codes), 1983, art. 30 a 32. Dalloz, Enciclopidie Juridique, art. Defenses, exceptions, fins de no recevoir.

(1) Ilaviari. Traité des actions possesoires, 5a. ed., 1; Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 2a. ed., I, 3 6, 63. 114, 135, 148. 179 y s.

La vía de derecho es precisamente lo contrario de la vía de hecho, prohibida generalmente por el derecho, salvo el caso de legítima defensa[2].

La acción en justicia puede caracterizarse, principalmente, diciendo que es la vía de derecho que consiste en dirigirse a los tribunales en solicitud de protección para una situación jurídica violada, desconocida o en cualquier forma contradicha, sea para obtener su mantenimiento o su restablecimiento, sea las reparaciones adecuadas. La acción puede consistir, a veces, en la solicitud de que se cree una situación jurídica que antes no existía.

También son vías de derecho: las *excepciones, el derecho de retención, los procedimientos ejecutorios.*

Generalmente se define la acción: *el derecho reconocido a toda persona de reclamar en justicia lo que le pertenece o lo que le es debido,* [3] *o el derecho de dirigirse a los tribunales para obtener el reconocimiento y, si es preciso la protección de su derecho.* Esta última definición es demasiado estrecha, principalmente porque no toma en cuenta el hecho, anteriormente señalado, de que en algunos casos existe una acción en justicia para obtener el mantenimiento de un estado de hecho, o sea de una situación jurídica que no es un derecho subjetivo preexistente.

En todos los casos, la acción en justicia es un derecho autónomo, ya sea que tienda a proteger un derecho subjetivo, o una situación jurídica que no es un derecho subjetivo, o a crear una situación jurídica nueva. Es, por consiguiente, en el primer caso, un derecho distinto del derecho que garantiza.

Excepcionalmente hay derechos cuyo reconocimiento no puede ser perseguido por medio del ejercicio de una acción en justicia. Esto ocurre en los casos de obligación puramente natural y de deuda de juego (art. 204 y 1965 del C. Civil). En estos casos el deudor no puede ser constreñido judi-

(2) Garsonnet y Cézar-Biu, Traité, I, 351, nota 4; Aubry y Ral, Cours de Droit Civil, 5a. ed„ XII, 745.

(3) Instituta de Justiniano, IV, 6, pr.: Actio nihil aliud est, quam ius persequendi indicio, quod sibi debetur.

cialmente a pagar; sin embargo, el pago hecho voluntariamente no puede dar lugar a repetición (art. 1235 y 1967 del C. Civil).

La ***demanda en justicia*** es el hecho de ejercer la acción, generalmente, pero no siempre, por medio de un acto que se llama ***citación en justicia o emplazamiento,***[4] ***o asignación.***

No debe confundirse el derecho de acción en justicia con la demanda en justicia, que es el acto jurídico procesal por cuyo medio se ejerce aquel derecho. En muchos casos el legislador confunde la acción con la demanda (art. 23, 426, 475 del C. de Pr. Civil, 482, 1428 del C. Civil); pero en otras ocasiones las distingue (art. 464, 1153, 1904 del C. Civil). La doctrina es también equívoca en muchas ocasiones [5]

La teoría general de la acción en justicia no se encuentra establecida en la ley, sino que ha sido enteramente elaborada por la doctrina y la jurisprudencia.^ El C. Civil y el C. de Pr. Civil solamente contienen sobre el asunto unas pocas disposiciones particulares (art. 526, 529, 1167, 1304, 2262 del C. Civil, 1, 2, 3, 23, 59 del C. de Proc. Civil).

Objeto de la acción en justica. El objeto de la acción en justicia varía según las circunstancias:[7]

Í.Al incoarse la acción puede pretenderse únicamente obtener la comprobación de la ***existencia*** de un derecho o de

(4) Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, I-VI, Garsonnet y Cézar-Bni, Traité, II, 157.

(5) Glasson y Tissier, Traité, I, 169.

(6) Japiot, Traité elementaire de procedure Civil, 2a. ed. 59.
Los Art. 30 a 32 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés contienen una definición de la acción en justicia. El Art. 30 expresa que la acción en justicia "es el derecho, para el autor de unapretención, de ser oido respecto del fundamento de ésta, a fin de que el juez diga si es bien o mal fundada. Para el adversario, la acción es el derecho de discutir el fundamento de esta pretención". Estos conceptos no fueron adoptados por la L. 834 de 1978.

(7) Glasson y Tissier, Traité, I, 176. El objeto inmediato que persigue la acción en justicia es la base de algunas clasificaciones, ajenas a la doctrina francesa: Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 1 v.; elmismo. Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 10; Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, 13 y s.; Kisch, Elementos de Derecho Procesal Civil, 38.

una situación jurídica amenazados o desconocidos: así ocurre en los casos en que se demanda el mantenimiento de la posesión sobre un inmueble, la declaración de una maternidad o una paternidad, la comprobación de la existencia o la inexistencia de un matrimonio; ocurre lo mismo, en lo que respecta al demandado, cuando éste pide al tribunal que rechace la pretensión del demandante y que se le reconozca titular del derecho debatido, o que se le declare estar en el disfrute de la situación jurídica controvertida.

2. La acción, cuando se funda en un derecho de crédito, tiende a conseguir la ***condenación*** de una persona, el deudor, a que suministre a otra, el acreedor, una prestación, en lo que forzosamente va envuelto el reconocimiento de la existencia de un derecho subjetivo.

3. Menos frecuentemente la acción tiene por objeto ***obtener una medida provisional o conservatoria,*** que no prejuzgue la existencia o la inexistencia del derecho subjetivo o de la situación jurídica controvertidos, como por ej. en los casos en que se solicita poner bajo secuestro los bienes litigiosos, a fin de evitar que sean sustraídos o dañados (art. 1961 y s. del C. Civil), o cuando se pide la comprobación de un cierto estado de cosas. Estas medidas, que frecuentemente son ordenadas por el juez de los referimientos (art. 101 y s. de la L. 834), tienden a evitar a las partes, especialmente al demandante, los perjuicios que resultarían de la prolongación de la litis sobre el fondo.

4. A veces la acción tiende a obtener la creación de una situación jurídica nueva, como ocurre por ej. en las acciones de divorcio, separación de bienes, interdicción.

5. En ciertos casos, la acción tiene por objeto suprimir o extinguir una situación jurídica, lo que implica generalmente el restablecimiento de la situación jurídica anterior, como por ej. cuando se demanda el cese del estado de interdicción judicial (art. 512 del C. Civil).

En los tres primeros casos la acción judicial tiende a la ***protección,*** a veces bajo forma de simple reconocimiento, de una situación jurídica de acreedor, de poseedor, de propietario etc. En el cuarto caso, la acción tiende a la ***creación*** de

una situación jurídica: de personas divorciadas, de cónyuges separados de bienes, de persona interdicta etc. En el último caso, la acción va dirigida a la supresión de una situación jurídica. Porlo que respecta a su objeto, pues, la acción en justicia puede describirse como el derecho que tiene una persona de pedir a los órganos jurisdiccionales del Estado la protección, la creación o la supresión de una situación jurídica.

Naturaleza de la acción. De acuerdo con una doctrina se admite que la acción en justicia no es otra cosa que un derecho subjetivo puesto en movimiento, o, lo que es lo mismo, el derecho en estado dinámico. Se presenta en este sistema la cuestión de saber si la acción se confunde con el derecho que ella garantiza, o si constituye, por el contrario, un derecho especial y distinto, un derecho autónomo.

En la constmcción anteriormente propuesta esta confusión no puede presentarse, ya que, como se ha visto, la acción en justicia es una vía de derecho que protege y garantiza no solamente un derecho subjetivo pre-existente, sino también cualquier situación jurídica que, de acuerdo con el derecho objetivo, merezca la protección del poder público.

Diversas consecuencias deduce la doctrina clásica del principio según el cual la acción en justicia es el derecho subjetivo puesto en movimiento: la acción es corolario inseparable del derecho; el derecho y la acción nacen y viven conjuntamente; la acción tiene la misma naturaleza y el mismo carácter del derecho; la acción tiene el mismo objeto que el derecho; la acción tiene igual extensión que el derecho; solamente hay una acción para cada derecho.[8]

Aun colocándose en ese punto de vista se puede ver fácilmente que la acción es un derecho autónomo, distinto del

(8) Garsonnet y Cézar-Bru, Traité I, 351, y s.; Garsonnet, Précis, de Proeedure Civile, 9a. ed. 111 y s.
Respecto de la teoría clásica expuesta, H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciare Privé Tomo I, No. 102, opinan queestatésis podi'a ser admitida por aplicación de la máxima "Electa una via non datur recursos ad alteram. Pero en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que dicha máxima, que no ha sido consagrada en la ley bajo una forma general, ha perdido vigencia y subsiste en ciertas hipótesis excepcionales, como en materia de responsabilidad civil. V. en este sentido. Enciclopedia Dalloz, Vo. Acción, No. 182.

derecho que pone en ejercicio, en cuanto a su causa, a su objeto, a su coexistencia, a sus efectos. ^

Todo derecho subjetivo tiene su causa o en un contrato, o en un cuasi-contrato, o en un delito, o en un cuasi-delito, o se deriva de la ley; por el contrario, la causa de la acción no es el acto o el hecho de que se deriva el derecho subjetivo protegido, sino el conflicto de intereses surgido entre el demandante y el demandado relativamente a ese derecho subjetivo.

Asimismo la acción en justicia difiere por su objeto del derecho que garantiza. Con ella puede perseguirse: o la condenación del demandado a una prestación o a una abstención, o la comprobación del derecho del demandante, o la adopción de una medida provisional o conservatoria, o la creación de un estado jurídico nuevo. No puede afirmarse que hay identidad entre el objeto del derecho subjetivo y el objeto de la acción, porque de tal identidad resultaría necesariamente, como lo afirma la doctrina antes citada, que a cada derecho correspondería una acción y nada más que una acción. Esto último es inexacto, ya que un mismo y único derecho de crédito o de propiedad puede originar diversas acciones en provecho del mismo titular: así, por ej., el acreedor, en caso de inejecución del contrato, puede optar entre la acción en resolución y la acción en ejecución; particularmente, en caso de venta de una cosa afectada por vicios ocultos, el comprador puede ejercer la acción en resolución de la venta o la acción en reducción del precio (art. 1641 y s. del C. Civñ); igualmente el propietario puede ejercer, según los casos, la acción en reivindicación, para reclamar la cosa objeto de su derecho, o una acción negatoria, para establecer que el inmueble está libre de servidumbres, o una acción para obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos con la violación de su derecho. En estos últimos casos es patente que un mismo derecho subjetivo puede originar diversas acciones, cada una de las cuales tiene su objeto particular, distinto del objeto del derecho de propiedad.

(9) Glasson y Tissier, Traité, I, 183, y s.

Tampoco es sostenible que la acción y el derecho nacen, subsisten y desaparecen conjuntamente. Aun cuando, en principio, si el derecho desaparece la acción que lo garantiza cae igualmente, la reciproca no es verdadera: el derecho puede sobrevivir a la acción que lo garantiza. Así ocurre cuando la acción lia prescrito (art. 2262 del C. Civil); en este caso el derecho del acreedor subsiste a título de obligación natural. Asimismo, en caso de que la acción en nulidad ha prescrito (art. 1304 del C. Civil), el demandado conserva el derecho de oponer la nulidad por vía de excepción: en este caso el acreedor ha perdido el ejercicio de la vía de derecho por excelencia, la acción, pero ha conservado la excepción, que es también una vía de derecho.

La acción se distingue también del derecho en cuanto a sus efectos. Los efectos del derecho no se pueden equiparar de un modo absoluto a los producidos por el ejercicio de la acción. El ejercicio de la acción aporta al derecho pre-existente un elemento nuevo, que puede consistir: o en la posibilidad de obtener por medio de la sentencia la ejecución forzosa de la prestación a que se haya obligado el deudor; o la fijación de la naturaleza y el monto de la reparación debida por el deudor al acreedor en caso de incumplimiento. Más patentemente se ve la diferencia que existe entre los efectos del derecho y los efectos de la acción cuando se considera la hipótesis en que su ejercicio tiende al establecimiento de una situación jurídica nueva; interdicción, divorcio, separación de bienes.

Las doctrinas modernas se inclinan cada vez más a establecer diferencias fundamentales entre el derecho y la acción: ellas se refieren principalmente ***a sus condiciones de existencia*** (ciertos derechos no están protegidos por una acción), a sus ***condiciones de ejercicio*** (la acción está sujeta por ejemplo a condiciones de fonna o plazos), y finalmente, a sus ***objetos respectivos*** (un derecho puede dar nacimiento a varias acciones).

Concluyendo lo expuesto, puede decirse que la doctrina clásica es objetable, al querer identificar de una manera absoluta, el derecho y la acción. Pero tampoco deben olvidarse las

afinidades existentes entre ambos. Es indudable que en principio, toda acción tiende a defender la legalidad. Aún en el caso de la acción que se fundamenta en una situación de hecho, como la acción posesoria, es preciso reconocer que, desde el momento en que es protegida por la ley, genera derechos en favor del poseedor. La originalidad no la constituye el que se hayan acordado acciones en justicia al poseedor, sino el haber considerado que una situación de hecho como es la posesión, sea susceptible de producir efectos jurídicos.

Las concepciones doctrinales sobre la naturaleza de la acción en justicia se resumen hoy en dos tendencias: la concepción ***objetiva,*** que considera la acción como un poder autónomo, independiente de toda relación con un derecho subjetivo cualquiera, sin otra medida que el interés; y la concepción ***subjetiva,*** según el cual el objeto de la acción es esencialmente la protección de una situación jurídica concreta. Ambas tendencias consideradas aisladamente, han sido objeto de críticas, ya que, en definitiva, no pueden desconocerse uno cualquiera de los elementos ya citados. Si es legítimo admitir que las acciones en justicia presentan cierto número de elementos comunes, principalmente el interés para actuar, es indudable que de acuerdo con la naturaleza de la contención, ella está dotada de rasgos que le son particulares, esto es, propios de cada acción.

Saneamiento inmobiliario. En lo fundamental, este procedimiento está regido por los principios del derecho común, pero con algunas modificaciones, para entender las cuales deben tenerse presentes los trámites que anteceden.al momento en que el T. de Tierras conoce de las reclamaciones de los interesados. 1 o., Se procede a la ***mensura catastral*** de los terrenos que van a ser saneados, lo que se hace en virtud de una ***resolución de concesión de prioridad,*** que expide el T. de Tierras (art. 45 y s. de la L. de Registro de Tierras). 2o. Después de aprobados los planos por la Dirección General de Mensuras Catastrales, el Abogado del Estado formula un ***requerimiento fiscal de saneamiento*** (art. 61 de la L. de Registro de Tierras), mediante el cual queda el T. de Tierras apoderado del proceso

de saneamiento. 3 o. Entonces el T. de Tierras requiere por medio de una citación a los interesados para que comparezcan a presentar sus reclamaciones y sostenerlas (art. 64 y s. de la L. de Registro de Tierras).

En esta materia pues, la acción en justicia no es una vía de derecho que puede un particular ejercer o no para reclamar directamente contra otro particular, sino que debe ser ejercida necesariamente cuando interviene el acto del Estado, a quien representa el T. de Tierras mediante el cual conmina a los interesados a la presentación de sus reclamaciones, o sea, de sus demandas; pero, por otra parte, es evidente que cada una de estas reclamaciones constituye el ejercicio de una acción judicial: .cada ***reclamante*** es ***demandante,*** y es al mismo tiempo ***demandado*** con respecto a todo ***reclamante contrario***[10]**>.**

La diferencia principal entre el proceso de saneamiento inmobiliario y el del derecho común consiste, pues, en que el ejercicio de la acción no es un acto voluntario del reclamante, sino un acto a que lo puede constreñir la ley por razones de orden público (art.-. 1 de la L. de R. de Tierras).

Aparte del saneamiento, los tribunales de tierras conocen de acciones voluntariamente incoadas por un particular contra otro, como por ej. en grado de apelación en las acciones posesorias respecto de terrenos bajo mensura catastral o en curso de saneamiento, o los casos de litis sobre terrenos registrados (art. 255 de la L. de R. de T.; Casación: noviembre, 1959, B. J. 592, p. 228 febrero, 1961, B. J. 607, p. 167; abril, 1962, B. J. 621 p. 567; septiembre, 1964, B. J. 650, p. 1393; noviembre, 1965, B. J. 660, p. 1393; marzo 1965, B. J. 656, p. 368; noviembre, 1970, B. J. 720, p. 5666).

Generalidad del derecho de acción. Todo titular de un derecho subjetivo, y todo el que en cualquier forma se halla en el goce de cualquiera otra situación jurídica protegida por el derecho objetivo, tiene el derecho de pedir a los tribunales que le den la correspondiente protección, sin necesidad de

(10) V. Suprema C. de Justicia, 14 de marzo, 1940. B. J. 356, p. 163.

que la ley le otorgue expresamente esa facultad. La acción en justicia es pues, una ***vía de derecho general,*** que puede siempre ser usada, a menos de disposición contraria de la ley.

En el derecho romano dominó un principio contrario, hasta el período clásico inclusive:[11] no existía un derecho general de acción en justicia; la protección procesal se concede en la ley o en el edicto pretorio, acerca de acciones determinadas. pero no existe el reconocimiento de un derecho general a obtener esa protección.

Por el contrario, como se ha visto, en el derecho moderno la facultad de incoar la acción es la regla general. Está limitada solamente por las disposiciones restrictivas consignadas expresamente en la ley, que deben considerarse como derogatorias del derecho común. Por consiguiente, todo el que sufre una lesión en un interés jurídico y legítimo puede ejercer una acción en justicia, sin que tenga que invocar ningún canon legal en apoyo de la admisibilidad de la acción.

Causa inmoral o ilícita. Por aplicación de la máxima *Ne-* ***mo auditur propriam turpitudlnem allegan,*** que una parte de la doctrina y la jurisprudencia considera en vigor, a pesar de no hallarse consagrada por la ley, se ha negado frecuentemente el derecho de acción a la persona que alega, en apoyo de su demanda, actos o convenciones contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Debería ser rechazada, por ej., la demanda intentada en repetición de lo que un deudor hapagado en ejecución de un acto de esa naturaleza. Se ha estimado que con la discusión de asuntos de ese género se falta al respeto debido a los jueces.

La jurisprudencia tiende, sin embargo a descartar cada vez más la aplicación de la máxima Averno ***auditur.*** . ., cuando el fundamento de la demanda es una convención simplemente contraria a la ley. En cambio, mantiene su vigencia cuando la convención que sirve de base a la demanda presenta un carácter inmoral para ambas partes.[12]

(11) Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, 17a. ed. 112; Girard, Manuel élementaire de Droit Romain, 8a, ed., 1030; G. May, Elements de Droit Romain, 18a. ed. 267; Garsonnet y Cézar-Btu, Traité, I, 360.

(12) Capitant, De la cause des obligations, 3a. ed., 114-118.

Licitud del ejercicio de la acción. El ejercicio de la acción, como el de toda otra vía de derecho, es en principio un acto lícito: por consiguiente, el rechazamiento de la demanda no puede tener como consecuencia forzosa la condenación del demandante a indemnizar al demandado por los peijuicios que pueda haber experimentado con el proceso. Sin embargo, el demandante puede incurrir en la responsabilidad del art. 1382 del C. Civil si al ejercer la acción, ha cometido una falta grave, o ha incurrido en un error grosero equiparable al dolo, por ej. intentándola exclusivamente con un fin reprensible, o con injusticia o inutilidad manifiesta, o empleando medios ilegales fraudulentos o vejatorios, o abusando de los medios de procedimiento (v. Casación, 19 de septiembre de 1952, B. J. 509, p. 2365). En estos casos el demandante deberá ser condenado a suministrar al demandado las reparaciones adecuadas a consecuencia de la falta cometida ***con ocasión*** del ejercicio de la acción. Pero, en sí mismo, este ejercicio no puede constituir una ***falta,*** ya que es posible que el demandante se haya equivocado, creyendo, de buena fe, al intentar la demanda, que le asistía el derecho de apoderar a los tribunales.[13]

Recíprocamente, el demandado que, en el curso del proceso, ha cometido faltas o ha abusado de su derecho de defensa, por ej. promoviendo dilatorias o incidentes por puro capricho, debe asimismo indemnizar al demandante por los perjuicios que le ocasione: la defensa del demandado constituye, en efecto, el ejercicio de una acción en justicia, sometido a las mismas condiciones que el ejercicio de la acción del demandante.[14]

(13) Glasson, y Tissier, Traité, 171 y s. Japiot, Traité élémentaire de Procedure Civile, 2a., ed. 59; Planiol y Ripert, Traité Pratique de droit civil, VI, 582 y s.; H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, No. 114 y s.

(14) Inspirado en estos principios, fue redactado el Art. 40 de la L. 834, a cuyo tenor las excepciones de nulidad fundadas en el incumplimiento de las reglas de fondo pueden ser propuestas en todo estado de la causa "salvo la posibilidad para el juez de condenar a daños y perjuicios a quienes se hayan abstenido con intención dilatoria de promoverlas con anterioridad". La jurisprudencia francesa ha establecido en diversos fallos de la Corte de Casación que "la acción en justicia es un derecho cuyo ejercicio no degenera en falta pudiendo dar lugar a daños y perjuicios, a menos que constituya un acto de malicia, o por lo menos un error grosero equiparable al dolo (v.

Las mismas reglas son aplicable al ejercicio de las vías de recurso.

Condiciones para el ejercicio de la acción. El sistema clásico admite que son cuatro las condiciones para la existencia y el ejercicio de la acción en justicia: un ***derecho*** provisto de acción; un ***interés;*** calidad para ejercer la acción; capacidad.[15] A veces se enumeran solamente tres requisitos: capacidad, calidad e interés, (v. Casación, 12 de diciembre de 1932, B. J. 269, p. 10).

Es batante difícil separar unos de otros esos elementos o condiciones; pueden considerarse más propiamente como cuatro aspectos distintos bajo los cuales se considera una misma condición.[16] He aquí en qué consisten esos cuatro factores:

1o. Para poder intentar una acción es preciso tener el goce y el ejercicio de un derecho subjetivo, real o personal, reconocido y protegido por la ley, puro y simple, pues si fuera condicional o a término daría únicamente lugar a que su titular solicitara medidas conservatorias.

2o. Para ejercer una acción es preciso tener un interés, el que existe desde el momento en que el derecho del demandante es amenazado o violado. El interés puede ser puramente moral, pero en todo caso debe ser nato y actual.

3 a. La caüdad es la ***facultad legal de obrar en justicia,*** o lo que es igual, ***el título con que se figura en un acto jurídico o en un proceso***.[17] Tienen por tanto calidad, el titular del derecho, sus herederos y otros sucesores universales, el mandatario con poderes suficientes, los acreedores en virtud del art. 1116 del Código Civil.

Cass. civ. 7 de mayo, 1924, S. 1925 . I. 217; nota de B. de la Gressaye; Cass. Civ. 14 de mayo, 1929, S. 1929, 337; Cass. Civ. 13 de noviembre, 1959. Gaz. Pal. 1960,1. 98).

(15) Glasson, Précis de Procedure Civile, 2a. ed., I, 228 y s.; Garsonnet y Cézar-Biu, Traité 356, y s.; Rousseau y Laisney, Dictionnaire de Procedure, Art. Action, 90 y s.

(16) Japiot, Traité élémentaire de procedure civile, 2a„ ed. 60.

(17) Gaisonnet y Cézar-Biu, Traité, I, 363.

4o. Puede intentar la acción únicamente el que tenga la capacidad de estar en justicia, persona física o persona jurídica. Los incapaces tienen que obrar en justicia o ***representados*** por sus mandatarios legales (menores no emancipados, interdictos legales o judiciales), ***o personalmente*** con la asistencia o la autorización de otro (menor emancipado, mayor provisto de un consultor judicial).

Crítica del sistema. No puede admitirse que la existencia de un derecho sea una ***condición general*** par el ejercicio de la acción, porque hay situaciones jurídicas que el derecho objetivo permite amparar y proteger con la facultad de recurrir a los órganos jurisdiccionales, que no constituyen ***derechos subjetivos,*** como ocurre, por ej. con la protección judicial de la posesión, y de la detentación en ciertos casos.

Por otra parte, es frecuentemente muy difícil determinar cuál es el derecho de que es titular la persona que ejerce la acción en justicia. Esto ocurre, por ej., en las acciones en rectificación de las actas del estado civil, en nulidad, en declaración de simulación etc. De aquí que los autores se limiten a afirmar que, en esa hipótesis, el derecho subjetivo que el actor pone en movimiento es el de hacer enmendar el acto, o el de hacer declarar o pronunciar la nulidad o la simulación. Esto es insostenible, porque se confunde el ***derecho de acción*** con el ***derecho subjetivo,*** que, generalmente, pero no siempre, se halla garantizado poruña acción en justicia.

Es imposible disociar la ***calidad*** del ***interés,*** puesto que todo el que tiene interés en el ejercicio de la acción tiene, por lo mismo, ***calidad,*** y porque solamente tiene ***calidad*** en ejercer la acción el que tiene un interés ***directo y personal:*** la calidad para ejercer la acción no podría residir nunca en otra persona que no fuera el ***interesado, directa y personalmente, en ejercerla,*** o sea, en el que **goza de la** situación jurídica, protegida, por el derecho objetivo, o **en la persona a quien el** derecho objetivo inviste con la facultad **de ejercer la acción** (acciones en nulidad, en declaración **de interdicción, etc.).**

La ***capacidad*** no puede ser considerada **como** una condición o un requisito del ejercicio de la acción. **Los** incapaces

tienen calidad e interés en el ejercicio de la acción; pero no pueden ejercerla sino representados o asistidos por las personas a quienes la ley ha conferido poder para esos fines (tutor, curador, etc.). El titular de la acción es el incapaz, no su representante. Los efectos del ejercicio de la acción se producen en el patrimonio del incapaz. De aquí se sigue que la capacidad debe ser considerada como un requisito de validez de la ***demanda en justicia,*** o sea del acto procesal mediante el que se ejerce la acción: este acto, en efecto, debe ser diligenciado a requerimiento del titular de la acción (el incapaz en este caso), ***representado o asistido,*** según los casos, por la persona investida con la representación o la asistencia.

Parece preferible admitir que el ejercicio de la acción en justicia está sometido a una única condición general: el interés jurídico de la persona que la ejerce. La acción en justicia no es otra cosa, en efecto, que ***un interés jurídicamente protegido***.[18] Es la facultad de obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado, sobre el fundamento de un interés jurídico, el reconocimiento o protección, la creación o la extinción de una situación jurídica. Ese interés jurídico debe ser: directo y personal, nato y actual, y además, ***legítimo,*** esto es, que el ejercicio de la acción no constituya un abuso, sino el uso del derecho de acción.

Formas del ejercicio de la acción. La acción en justicia es, como se ha visto un derecho subjetivo de carácter procesal, que está a disposición de cualquiera que tenga un interés jurídicamente protegido para promover, sea el reconocimiento directo o indirecto de una situación jurídica de que goza, sea la creación o la supresión de una situación jurídica.

En los casos en que la acción tiende al reconocimiento o a la protección de una situación jurídica, es esencialmente igual la actitud que asumen tanto el demandante como el de-

(18) Jhering sostuvo (Espirit du Droit Romain, trad. Meuienaere, IV, 70, 71) que "los derechos son intereses jurídicamente protegidos", y que el derecho subjetivo es "la seguridad jurídica del goce". Contestable si se le aplica al derecho subjetivo en general, este concepto es defendible para caracterizar la acción en justicia, si se admite que ella es un derecho subjetivo.

mandado, puesto que ambos someten al juez sus pretensiones respectivas, tratando de obtener el reconocimiento de la misma situación jurídica, protegida por el derecho objetivo, cuyo goce alegan tener, el uno pidiendo que se acoja la demanda, el otro pidiendo que se rechace.

La acción en justicia así considerada se presenta naturalmente bajo dos aspectos correlativos: respecto del actor es la ***detnanda en justicia;*** respecto del demandado es la ***defensa,*** tomándose aquí esta palabra en un sentido lato, que incluye las excepciones y los medios de inadmisibilidad.

Cuando el demandado no refuta directamente las pretensiones contenidas en la demanda se dice que él propone, o una ***excepción,*** o un medio de inadmisibilidad, de acuerdo con las distinciones que serán expuestas oportunamente.

CAPITULO II - EL INTERES

Acción e interés. El derecho de acción presupone un interés en el actor (Casación, 13 de junio de 1924, B. J. 162-167, p. 98; octubre 1949, B. J . 471, p. 841; mayo de 1950, B. J. 478, p. 429). La antigua jurisprudencia francesa tradujo el principio así: "No hay acción sin interés", "El interés es la medida de las acciones", que todavía son verdaderos en el derecho moderno.

El principio significa que para poder ejercer una acción en justicia, que tienda, por ej., a la protección de una situación jurídica de que goza el actor, es preciso que esa situación se halle seriamente amenazada, a causa de una vía de hecho o de una perturbación de carácter jurídico. Además, es necesario que el resultado del ejercicio de la acción, sea una declaración, sea una medida provisional, ***tenga utilidad*** para el actor.

Por aplicación de este principio la jurisprudencia decide, por ej.: que es inadmisible la demanda tendiente a obtener la interpretación de una cláusula oscura de un acto, si no resulta de las circunstancias de la causa que va a presentarse una contestación acerca del significado de la cláusula; que ni los causahabientes ni el cónyuge superviviente, del deudor tienen interés legítimo en demandar la nulidad de un acto hipotecario

consentido por éste, por causa de incapacidad de los testigos (Casación, 22 de abril de 1920, B. J. 225, p. 17); que para que los terceros puedan invocar la nulidad de un acto de sociedad en comandita, por inobservancia de las formalidades prescritas por el C. de Comercio, es necesario que tengan interés en prevalerse de esa nulidad (Casación, 19 de febrero de 1915, B. J. 55-56, p. 11).

La regla es también aplicable al ejercicio de los recursos: apelación, revisión civil, casación, etc., porque, como se ha establecido, los recursos son verdaderas acciones en justicia (Casación, 12 de diciembre de 1932, B. J. 269, p. 10).

Tradicionalmente se admite que el interés que puede justificar el ejercicio de la acción en justicia tiene que ***ser jurídico, legítimo, personal, nato y actual.***[19] Es controvertida la cuestión de saber si, además, el interés debe ser ***importante.***

Interés jurídico. La acción debe necesariamente proponerse la protección (a veces bajo la forma de un mero reconocimiento), la creación o la cesación de una situación jurídica. Lo que generalmente sirve de base al ejercicio de la acción es un derecho subjetivo de que es titular el demandante pero esto no es siempre así, puesto que, a veces, como se ha mostrado, o no existe un derecho subjetivo preexistente (acción posesoria por ej.), o no puede determinarse o es difícil determinar en qué consiste el derecho subjetivo que sirve de fundamento a la acción (acciones en divorcio, en declaración de interdicción, por ej.). Sólo se requiere un interés jurídico y legítimo del actor en el ejercicio de la acción, el cual en cada caso, resulta de las disposiciones del derecho objetivo.

De acuerdo con lo expuesto la acción debe ser declarada inadmisible cuando se funda en un interés no jurídico, por ej. en un interés puramente económico. Se cita como ejemplo la acción en nulidad de una sociedad de comercio, intentada por un comerciante a quien perjudica su concurrencia: esta acción debe ser rechazada porque el interés del demandante es

(19) Japiot, Traité élémentaire de Procedure Civil, 2a. ed., 66; Glasson y Tissier, Traité, I, 182.

puramente económico y no jurídico. Por el contrario, en ciertos casos la persona que ha contratado con una sociedad comercial irregularmente constituida podría incoar la acción en nulidad, a fin de no seguir obligada a la ejecución del contrato que impugna.

Interés legítimo. No es ***legítimo*** el interés en que se funda una acción cuando el actor no se propone obtener ***un provecho personal,*** de carácter moral o pecuniario, sino solamente infringir una pérdida o una molestia a su adversario. En este caso la demanda debe ser rechazada, porque, en vez de ser un ejercicio normal, constituye un abuso del derecho de acción en justicia.

Interés patrimonial, o moral. Generalmente el interés del actor en el ejercicio de la acción es de carácter patrimonial; pero un interés moral basta muchas veces para justificar una demanda en justicia, por ej. cuando se pretende obtener una indemnización como reparación del perjuicio causado por una injuria o una difamación. En este caso, existe, para ejercer la acción, un interés jurídico y legítimo, aunque de orden moral.

Interés importante. Para que una acción pueda ser intentada es preciso que el interés que le sirve de base revista una cierta importancia. Un interés insignificante o demasiado pequeño, aunque pueda considerarse en teoría como jurídico y legítimo, no podrá justificar el ejercicio de uan acción, porque no sería suficientemente serio. De ***minimis non curat lex.*** Se ha decidido sin embargo, en materia real inmobiliaria, que el propietario puede ejercer una acción para hacer destruir la construcción hecha en su terreno, por pequeña que sea y aunque no le cause ningún perjuicio apreciable.

Interés directo y personal. La acción en justicia puede ser ejercida solamente por la persona contra quien se ha atentado en el goce de una situación jurídica, o en cuyo favor el derecho objetivo establece la facultad de obtener la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica. Se dice corrientemente que toda otra persona carece de ***calidad***

para intentar la acción, lo que equivale a decir, como se ha visto, que no tiene interés ***directo y personal*** en el ejercicio de la acción. Esa persona podría tener otro interés, por ej. el de impedir que se formara un precedente jurisprudencial peligroso para la estabilidad de una situación jurídica de que goza; pero ese interés ***indirecto*** no puede justificar el ejercicio de la acción en justicia.

Subrogación procesal. En los siguientes casos se confiere el ejercicio de la acción a una persona que no es titular del derecho reclamado ni ha sido lesionada en el goce de una situación jurídica privativa:[20]

1o. El acreedor puede, en virtud del art. 1166 del C. Civil, "ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los exclusivamente peculiares a la persona". En este caso el acreedor litiga para hacer respetar un derecho de su deudor.

2o. De acuerdo con los arts. 1421 y 1548 del C. Civil, solamente el marido puede ejercer, respectivamente, las acciones relativas a la comunidad matrimonial o las que corresponden a la mujer respecto de los bienes dotales.[21] El marido litiga en este caso sobre derechos de la mujer, o sobre derechos que no le pertenecen exclusivamente, sino en comunidad con su mujer.

3o. De conformidad con el art. 7 párr. I de la L. 385 de 1932, sobre accidentes del trabajo el patrono o su asegurador quedan subrogados en los derechos que el obrero muerto o lesionado, o sus herederos, hubieran podido tener contra el tercero culpable del accidente, y pueden ejercer contra él la acción en reparación de los daños y perjuicios ocasionados al

(20) Glasson y Tissier, Traité, I, 181. Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 36, describe asf esta situación, que se llama sustitución procesal: "El sujeto particular de la relación procesal no siempre es necesariamente el sujeto de la relación sustancial deducida en el pleito". Morel, Traité élémentaire de Procedure Civil, 2a. ed., 31 prefiere llamarla subrogación, nombre que se adopta aquí.

(21) La L. 855 de 1978, que modificó las disposiciones del C. Civil concernientes a la capacidad de la mujer casada, no alteran las normas relacionadas con los regímenes matrimoniales a excepción de lo previsto en relación con los bienes reservados y los derechos sobre los cuales esté asegurada la vivienda familiar y muebles que la guarnecen (art. 216 y 221 del C. Civil mod. por la indiciada ley).

obrero. En este caso la acción se refiere a un derecho c&. obrero lesionado o de sus herederos.

4o. De acuerdo con una regla tradicionalmente admitida en el derecho marítimo, el capitán ejerce en su propio nombre y contra él pueden ser ejercidas las acciones que interesan al armador. Existen aquí titularidad activa y pasiva en el capitán, respecto de ¡as acciones del armador[22]

Interés nato y actual. Para que sea posible el ejercicio de la acción en justicia es necesario que el demandante justifique tener un interés jurídico ***nato y actual.*** Ese interés existe, en caso de acción tendiente a proteger una situación jurídica, desde el momento en que ocurre un atentado a esa situación. Existe asimismo ese interés en caso de acción tendiente a crear, modificar o extinguir una situación jurídica, desde el momento en que se produce el hecho, o existe la necesidad que justifica el ejercicio de la acción. Esas expresiones, sin embargo, no pueden tomarse al pie de la letra. También se admite la existencia de un interés nato y actual en el ejercicio de la acción en otros casos que no parecen estar explícitamente comprendidos en la fórmula general: cuando ei objeto de la acción tiende a evitar un daño inminente; en algunos casos excepcionales en los que la acción tiende a obtener que se ordene una medida provisional.[23]

Acción en reconocimiento de derecho. El objeto del derecho de acción es .frecuentemente el simple reconocimiento de un derecho, aunque no sea contestado. Toda persona que tema que su derecho pueda ser contestado, o que la prueba de su derecho desaparezca, puede, a falta de reconocimiento voluntario, ejercer una acción en reconocimiento de su derecho. Es un procedimiento preventivo de un carácter particular. Pueden citarse, en nuestro derecho común, los siguien-

(22) G. Rippert, Droit Maritime (Colección Taller, I, 813.

(23) Japiot, Traité élémentaire de Procedura Civile, 2a. ed., 68; Glasson y Tissier, Traté, I, 177; Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 61, y s.

tes casos: 1o. Los arts. 1323 del C. Civil y 193 del C. Pr. Civil permiten al acreedor provisto de un título bajo firma privada obtener del tribunal una sentencia o acta de reconocimiento. 2o. El art. 2263 del C. Civil permite al acreedor o a sus causahabientes obtener del deudor y a su costa un nuevo título del crédito, después de pasados diez y ocho años de la fecha del último título. 3o. El titular de una servidumbre sobre un inmueble no registrado puede demandar al propietario del fundo sirviente en reconocimiento de la servidumbre. 4o. El acreedor hipotecario sobre un inmueble no registrado puede ejercer, de acuerdo con la opinión generalmente admitida, una acción en declaración de hipoteca contra el tercero detentador del inmueble hipotecado. 5o. El legatario puede ejercer una acción tendiente a hacer reconocer la nulidad de la condición que afecta su legado.

Se discute si esos casos son excepcionales, o si, por el contrario, constituyen meras aplicaciones de un principio general, en cuya virtud sería posible siempre el ejercicio de una acción en declaración de derecho.

Nada parece indicar en la economía de la legislación que estos casos sean excepcionales. De aquí se puede concluir lógicamente a que en todo otro caso análogo la parte que se halla en el goce de un derecho puede actuar, siempre que en ello tenga un interés jurídico, en reconocimiento de ese derecho.

En todas esas hipótesis, el demandante obtiene una decisión simplemente declarativa de la existencia de una situación jurídica, conforme a su interés.

El carácter de acción en mero reconocimiento de derecho tiene la reclamación presentada ante el T. de T., en todos los casos en que las pretensiones del reclamante no se hallan contradichas por un interés contrario al suyo, reclamado o no reclamado (art. 85 de la L. de R. de T.): la sentencia final del T de T. ***reconoce*** el derecho reclamado, y ordena su registro en favor del reclamante.

Acción en negación de derecho. En ciertos casos puede también ejercerse una acción en justicia para hacer declarar que una persona no tiene derecho contrario al derecho del de-

mandante.[24] Así, cuando un heredero ha manifestado en cualquier forma su propósito de impugnar un testamento por una acción en nulidad, por ej. notificando al legatario un acto en que hace reservas para ejercer la acción en nulidad, el legatario tiene derecho de actuar judicialmente para hacer declarar que no existe la nulidad pretendida, lo que, indirectamente, conduce a obtener la validez del testamento. Esto es una consecuencia del derecho que tiene toda persona de protegerse contra las pretensiones injustificadas de los demás, aun cuando no se hayan manifestado con el ejercicio de una acción.

Acción preventiva. Existe igualmente un interés nato y actual en ejercer una acción en justicia cuando el derecho o la siuación jurídica de que goza el actor están simplemente amenazados, aun cuando todavía no hayan sido abiertamente desconocidos, ni se haya infringido un daño al demandante.

Ejemplo: las acciones posesorias, que pueden ser intentadas cuando el poseedor ha sufrido tan sólo una simple turbación (art. 23 y s. del C. de Pr. Civil). La acción posesoria que tiene un carácter preventivo más neto es la ***denuncia*** de ***obra nueva*** (art. 1. parr. 5o.).

Se dmite generalmente que la esfera de la acción preventiva debe ser generalizada, y que su ejercicio, por identidad de motivos, debe admitirse en todos los casos análogos al del ejercicio de la acción posesoria por el poseedor de un derecho real sobre un inmueble.

Medidas de instrucción. Una cuestión frecuentemente debatida es la de saber si el interesado puede, aún antes de que su derecho fuera amenazado o controvertido, intentar una acción para evitar el perecimiento de una prueba necesaria para el ejercicio ulterior de una acción tendiente a proteger su derecho. Esta acción no aspira a obtener una declaración cualquiera sobre el fondo del derecho, sino solamente a obtener mediante una medida de instrucción, como una información testimonial, una visita de lugares o un peritaje, la

(24) Glasson y Tissier, Traité, I, 177; Chiovenda obra y lugar intimamente citados.

comprobación de un hecho que podría después servir para establecer la pretensión del demandante.

En algunos casos la ley ha autorizado esta clase de medidas: lo., los art. 1323 del C. Civü y 193 del C. de Pr. Civil permiten incoar, por acción principal, un procedimiento para obtener el reconocimiento de escrituras, lo que es también un caso de acción en reconocimiento de derecho; 2o., el art. 106 del C. de Comercio permite obtener del juez de primera instancia, o del juez de paz, autorización para hacer comprobar por peritos el estado de los objetos porteados, en caso de dificultad sobre su recepción; 3o., el Art. 2199 delC. Civil, que permite el levantamiento de un acta, sea por el alcalde (j- de paz) o por un alguacil o un notario asistido de dos testigos, a requerimiento de la persona a quien el Conservador de Hipotecas rehusa o retarda la transcripción de los actos de mutación, inscripción de derechos hipotecarios, etc.

Hay controversia en cuanto a saber si esas disposiciones tienen carácter excepcional o si, por el contrario, se puede, en cualquier otra hipótesis, incoar una acción encaminada exclusivamente a obtener que se ordene una de aquellas medidas de instrucción.

En términos generales, la jurisprudencia y la doctrina admiten que los casos antes mencionados son excepcionales. El objeto de la acción no puede recaer, salvo disposición expresa de la ley, sobre una mera comprobación de hechos por medio de una medida de instrucción. Esto puede obtenerse solamente en conexión con un proceso pendiente, esto es, como medio de producción de la prueba o como incidente en relación con la administración de la prueba.

Pero algunos de esos fines se obtienen frecuentemente, en la práctica, mediante el uso de procedimientos indirectos, que conducen al resultado que buscan las partes interesadas: o haciendo levantar actas de comprobación por ministerio de un alguacil designado al efecto por el juez de los referimientos[25] o bien haciendo ordenar, también en referimiento, in-

(25) Se admite que esta autorización puede ser dada por el Juez Presidente, siendo necesaria en los casos de traslado al domicilio de un tercero.En todos los

formes periciales en que se confía a los peritos la misión de recoger las informaciones útiles, y aún de oír a las personas que puedan suministrar esas informaciones (art. 101 y s. de la L. 834 de 1978).

Acción interrogatoria. Esta acción se propondría obligara una persona a que declare sí intenta o no usar de una facultad que le pertenece, a fin de deducir de esa declaración las consecuencias que fueren favorables al demandante.

Se ha pretendido, por ej., que la persona que ha contratado con el menor o con el interdicto, o con alguien que pueda pretender que sufrió un error al contratar, podría ejercer una acción contra el incapaz ya salido de su incapacidad, o contra el contratante que pretende haber sufrido un error, para contreñirlo a que invoque la nulidad que podría afectar el contrato.

Se sostiene generalmente en doctrina y jurisprudencia que esas acciones no son recibibles porque solamente al legislador corresponde fijar los plazos pasados los cuales el interesado pierde el derecho de demandar la nulidad, y porque, además, el demandante carece en estos casos de interés, nato y actual, para ejercer la acción[26]

Acción provocatoria. La misma solución es admitida con respecto a la acción provocatoria, llamada también "acción de jactancia", que es aquella mediante la cual el demandante pretende obligar a su adversario, que extrajudicialmente emite pretensiones injustas o formula contestaciones infundadas a someterlas al tribunal como demandante, asumiendo la carga de la prueba[27]. Esta acción es irrecibible, porque, aunque uno puede obligara su adversario o comparecer enjuicio para defenderse como demandado, no puede por el contrario constreñirle a formar una demanda con el fin de reclamar un de-

casos .debe tratarse Unicamente de constataciones materiales: el alguacil se abstendrá de tomar declaraciones: éstas no tienen valor probatorio (Dalloz, Enciclopedia, Procedimiento Civil, Tomo I, Vo. Constatación, Nos. 7 y s).

(26) H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, 1961, p. 207 y a.).

(27) Glasson y Tissier, Traité, I, 179; A. M. Malaver, Acción de Jactancia, y acción declarativa; H. Solus y R. Perrot, ob. cit. p. 208 y s.).

recho que cree tener. La demanda en justicia es un derecho que el interesado ejerce si lo quiere: ***Ut nemo invitus agére cogatur*** (28)

Sin embargo, en este caso el interesado podría ejercer una acción en negación del derecho que pretende tener su adversario, cuando las alegaciones de éste tengan una cierta precisión y revistan suficiente gravedad para que puedan ser consideradas como una turbación del derecho del demandante.

En el saneamiento inmobiliario. Las reglas del derecho común, sobre las acciones interrogatorias y las provocatorias, sufren modificaciones fundamentales en lo que se relaciona con los procedimientos establecidos por la L. de R. de T. para el saneamiento de la propiedad inmueble y el establecimiento y adjudicación de los títulos correspondientes.

En efecto: según se ha expuesto, la acción judicial que ejerce cada reclamante tiene, contra las pretensiones contrarias de toda naturaleza de cualquier otro reclamante, el carácter de acción interrogatoria y provocatoria. Esa acción es interrogatoria, porque todo reclamante contrario está obligado, bajo pena de exclusión de sus pretensiones y de extinción de sus derechos, a usar de las facultades que tiene para impugnar la reclamación del demandante. Así, el menor, representado o asistido por quien fuere de derecho, y el ex menor personalmente, tienen que argüir de nulidad ante el T. de T. el título que, durante la minoridad, fue otorgado al reclamante contrario en violación de las normas que rigen los actos que afectan su patrimonio; de no hacerlo, quedará extinguido el derecho de proponer la nulidad, que se tiene de acuerdo con el art. 1304 del C. Civil, no solamente por vía de acción, sino también por vía de excepción, esto último contrariamente a la regla ***Quae tempóralia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*** Es provocatoria esta acción, porque cualquier otro interesado, que pretenda tener contra el reclamante una acción contraria o concurrente, está obligado a intentarla ante

(28) Japiot, Traité elementaire de procedure civile, 2a. ws., 68.

el tribunal, por lo menos en forma de defensa, bajo la misma sanción de ver extinguido su derecho de acción, conjuntamente con el derecho que a esa acción hubiera podido servir de fundamento.

TITULO II - EJERCICIO DE LA ACCION

CAPITULO I - LA DEMANDA EN JUSTICIA

Noción.- Como se ha visto, la demanda en justicia es el acto procesal por el que una persona se dirige a un tribunal pidiéndole que consagre una pretensión en su favor.

La demanda puede provenir, indiferentemente, tanto del demandante como del demandado. En efecto: la persona demandada, a quien se designa como demandado en lo principal, puede formar lo que se llama una demanda reconvencional, que es un acto por medio del cual ella pide al tribunal que consagre en su favor una pretensión contraria a los pedimentos contenidos en la demanda de la otra parte. Esa pretensión, naturalmente, hubiera podido también ser formulada por medio de una demanda principal.

Hay que establecer una diferencia fundamental entre la demanda en justicia y la pretensión sometida con la demanda. Demanda es el término más general; una sola demanda puede contener una o varias pretensiones. El art. 464 del C. Pr. Civil confunde ambos conceptos al expresar que "no podrá establecerse nueva demanda en grado de apelación. . .". Lo que quiere decir con esto el legislador es que en grado de apelación no pueden someterse pretensiones nuevas que no fueron sometidas con la demanda principal ante los jueces del primer grado.

También es útil distinguir la demanda de la citación o acto de emplazamiento: con estos últimos términos se designa el acto de procedimiento, generalmente notificado por alguacil, mediante el cual, en la mayor parte de los casos, se da a conocer la demanda a la parte contra quien va dirigida, al mismo tiempo que se la llama a comparecer. En ciertos pro-

cedimientos, sin embargóla demanda se intenta bajo otras formas, que serán examinadas oportunamente.

Elementos esenciales. La demanda en justicia requiere la reunión de cinco elementos esenciales, que son[29] lo., un ***demandante*** que es la persona que intenta la demanda 2o., un ***demandado,*** que es la persona contra quien se intenta la demanda, puesto que en nuestro derecho no existen acciones y por lo tanto no pueden incoarse demandas ***in incertam personam,*** salvo en el proceso de saneamiento inmobiliario de que conoce el T. de T.; 3o., un ***objeto,*** que es el mismo de la acción en justicia; 4o., una ***causa,*** que es el hecho jurídico, o la facultad concedida por el derecho objetivo en que se apoya el demandante para dirigirse a los tribunales en solicitud de protección o en solicitud de que se cree, se modifique o se extinga una situación jurídica; 5o., un ***juez*** ante quien se interpone la demanda.

No debe confundirse la ***causa*** de la demanda en justicia con los medios de hecho o de derecho que sirven para justificarla. La causa es el acto o el hecho (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito) o disposición legal en que se funda la demanda, los ***medios*** son las argumentaciones o los razonamientos, fundados en derecho, empleados para sostenerla.

Pluralidad de demandas. El demandante puede reunir varias demandas contra un mismo demandado en una misma citación, aunque no haya conexidad entre ellas, siempre que sean de la misma naturaleza, que puedan ser instruidas y juzgadas conjuntamente, y que caigan dentro de la competencia de atribución del tribunal apoderado.

Ocurre así cuando se reclama a una persona el pago de varias cantidades adeudadas a títulos diferentes. En este caso hay varias demandas distintas sin conexidad entre sí; pero ninguna disposición legal prohibe que se las reúna en la misma citación.

En el caso previsto por el art. 1346 del C. Civil se impo-

(29) Glasson y Tissier, Tratié, I, 189

ne al demandante la obligación de reunir en una misma citación todas las demandas que pueda tener que incoar contra un mismo demandado, cuando no están completamente justificadas por escrito, bajo pena de que las otras sean declaradas irrecibibles. Para que el art. 1346 del C. Civil sea aplicable es preciso que el mismo tribunal sea competente para conocer de las diversas demandas.

Litis consorcio.[30] También bajo la condición de que las demandas puedan ser instruidas y juzgadas conjuntamente por el mismo tribunal, nada se opone: 1o., a que varios demandantes entablen conjuntamente por una misma citación sus demandas respectivas contra un mismo demandado; 2o., a que un demandante encause con una única citación a varios demandados; 3o., a que varios demandantes persigan poruña citación colectiva a varios demandados conjuntamente. El litis consorcio es ***activo*** en el primer caso, ***pasivo*** en el segundo caso y ***mixto*** en el tercero. Se llama ***litisconsortes*** a los codemandantes o codemandados.

Gasificación. La demanda puede ser: o ***introductiva*** de ***instancia*** cuando con ella se inicia un proceso, o ***incidental,*** cuando es formada, después de iniciado el proceso, por el demandante contra el demandado, o por el demandado contra el demandante, o por el demandante o el demandado contra un tercero, y por un tercero contra el demandante o el demandado o contra ambos.

Demanda introductiva de instancia. La demanda ***introiductiva*** de instancia emana siempre del demandante, e inicia el proceso, esto es, la serie de actuaciones a que deben proceder en lo que les concierne respectivamente, las partes interesadas y el juez.

El acto procesal que materializa, en nuestro derecho común, la demanda introductiva de instancia, es la ***citación,***

) Glasson y Tissier, Traité, II, 454; Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, 69.

que se designa con ese nombre cuando es notificada para comparecer ante el juez de paz o ante el juez de los referimientos, y con el de ***emplazamiento***[31] cuando es notificada para comparecer ante un juzgado de primera instancia, una corte de apelación o la Suprema Corte de Justicia.

Formalidades previas[32] En algunos casos la demanda principal e introductiva de instancia tiene que ser precedida de ciertas formalidades:

1a. La demanda en designación de jueces tiene que ser precedida de un permiso dado por la S. C. de J. (art. 364 del C. de Pr. Civil, 164 de la L. de O. J.).

2a. La acción en responsabilidad contra los jueces deberá ser precedida de un permiso dado por la corte de apelación o por la S. C. J., según los casos (art. 510 del C. de Pr. Civil, 164 de la L. de O. J.).

3a. La demanda en separación de bienes (art. 865 del C. de Pr. Civil) no puede intentarse sino con autorización del juez de primera instancia.

Las demandas incidentales. Las demandas incidentales incoadas por el demandante contra el demandado se llaman adicionales, y con ellas el demandante ***modifica*** o ***amplía***[33] el contenido de la demanda introductiva de instancia. Ejemplo: el acreedor que ha pedido en la demanda el pago de una cantidad de dinero puede formar una demanda adicional en cobro de los intereses.

Las demandas incidentales formadas por el demandado

(31) La ley emplea a veces el término citación en vez de emplazamiento (art. 405 del C. de Proc. Civil).

(32) Garsonnet y Cézar-Biu, Traité, II, 159.

(33) Generalmente se considera adicional el acto en que el demandante reduce o restringe su demanda principal. Parece esto inexacto, porque una reducción o una restricción constituyen precisamente la antítesis de una adición ala demanda principal. Esta inexactitud parece desprenderse también de la definición que el Art. 65 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés da alas demandas adicionales: "Constituye una demanda adicional la demanda mediante la cual una parte modifica sus pretenciones anteriores".

contra el demandante se llaman ***reconvencionales-*** Con ellas el demandado somete al juez un pedimento contra el demandante, una ***reconvención,*** que tiende a obtenerla condenación del demandante a suministrarle una prestación. Ejemplo: la parte demandada en ejecución de un contrato pide reconvencionalmente al tribunal que pronuncie la resolución del contrato.

Las demandas incidentales incoadas por un tercero contra una u otra de las partes del proceso, o contra ambas, se llaman en ***intervención voluntaria.*** Por medio de esas demandas el tercero aspira a salvaguardar el interés que tiene en relación con el objeto del proceso, y a impedir que la sentencia pueda perjudiciarlo. Ejemplo: dos personas litigan ante el juzgado de p. i. respecto de la propiedad de un inmueble, y un tercero interviene en el proceso para hacer declarar que él, y no ninguna de las otras partes es el propietario.

Las demandas incidentales interpuestas por una u otra de las partes del proceso contra un tercero se llaman en ***intervención forzosa.*** Con ellas se persigue hacer oponible la sentencia al demandado, y, a veces, obtener una condenación contra él. El caso más frecuente de demanda en intervención forzosa es la ***demanda incidental en garantía,*** por medio de la cual una de las partes (casi siempre el demandado) cita a un tercero que debe garantizarlo, y contra quien tiene un recurso, para que lo indemnice por las condenaciones que puedan serle impuestas por la sentencia (art. 175 y s.).

Diferencias entre ambas. Las principales diferencias entre las demandas introductivas de instancia y las incidentales son:

1 a., En los asuntos civiles de la competencia del juzgado de primera instancia las demandas incidentales se forman (art. 337 y 339) por acto de abogado a abogado [34]. En los asun-

(34) Las demandas incidentales incoadas por el demandante contra un demandado que no ha constituido abogado se introducen por emplazamiento, porque enéstafiguracomidemandado una persona que no se halla representada por abogado.

tos de la competencia del juzgado de paz, y en los asuntos comerciales en primera instancia, las demandas adicionales y reconvencionales pueden formarse de cualquier manera, aun por conclusiones en audiencia; pero las demandas en intervención deben ser necesariamente formadas por medio de citación para comparecer ante el tribunal.

2a. Algunas reglas relativas a la competencia y a la apelación, aplicables a las demandas introductivas de instancias, no lo son a las demandas incidentales (infra, libros V y VIII).

Efectos generales de la demanda. La demanda en justicia, sea introductiva de instancia, sea incidental produce algunos efectos, unos con respecto al tribunal apoderado, y otros con respecto a las partes: lo., obligación para el tribunal de estatuir; 2o., litispendencia; 3o., interrupción de la prescripción; 4o., mora del deudor; 5o., trasmisibilidad a los herederos de algunas acciones.

Obligación de estatuir. Una vez que el litigio ha llegado oficialmente a conocimiento del juez, lo que ocurre después de celebrado el juicio, surge a su cargo la obligación, de carácter legal, de decidir el asunto planteado con la demanda por medio de una ***sentencia.*** Si el juez rehusa fallar incurre en denegación de justicia y puede ser demandado en responsabilidad civil (art. 505-4o. y 560). Sin rehusar estatuir, si el juez falla omitiendo resolver uno o varios puntos de la demanda, su decisión podrá ser anulada en apelación, y, si es en última instancia, podrá ser atacada mediante la revisión civil (art. 480-5o.).

Litispendencia y conexidad. Cuando se ha incoado una demanda ante un tribunal no puede intentarse ante otro tribunal, a requerimiento del mismo actor, y contra el mismo demandado, otra demanda con el mismo objeto, y fundada en la misma causa. El demandado puede, proponiendo la excepción de ***litispendencia,*** obtener que el segundo tribunal apoderado decline el conocimiento del asunto para ante el primero. Igualmente, cuando entre dos asuntos llevados ante dos jurisdicciones distintas, existe un lazo tal que sea de inte-

rés hacerlos instruir y juzgar conjuntamente, puede solicitarse a una de las jurisdicciones que se desapodere del asunto, proponiendo la excepción de ***conexidad*** para que dicho asunto sea reenviado para su conocimiento a la otra jurisdicción (v. los art. 28 a 34 de la L. 834 de 1978).

Interrupción de la prescripción. De acuerdo con el art. 2244 del C. Civil la demanda en justicia interrumpe la pres- •* cnpcion[35], aún cuando la citación sea hecha para comparecer ante un juez incompetente (art. 2246 del C. Civil).

Hay otros actos que interrumpen la prescripción: el mandamiento de pago y el embargo (art. 2245 y 2246 del C. Civil).

El efecto interruptivo de la prescripción inherente a la demanda dura mientras dura la instancia. Sin embargo, de acuerdo con el art. 189 del C. de Comercio, todas las acciones relativas a las letras de cambio y los pagarés a la orden se prescriben invariablemente por cinco años contados desde la última diligencia judicial.

Mora del deudor. De acuerdo con lo que dispone el art. 1146 del C. Civil, para que un deudor pueda ser condenado a pagar a su acreedor las indemnizaciones que procedan, por los daños y perjuicios experimentados con el retardo en la ejecución de sus obligacciones contractuales, es preciso que el acreedor lo haya puesto en mora. La demanda en justicia es el más enérgico de los actos que constituyen al deudor en mora.

El deudor es constituido en mora, además, según lo dispone el art. 1139 del C. Civil, por un requerimiento o por otro acto equivalente, y también por efecto de la convención,

(35) Aunque el art. 2244 del C. Civil confundiendo la citación con la demanda, atribuye este efecto interruptivo únicamente a la citación, es en realidad la demanda lo que interrumpe la prescripción, sea cual sea su forma, principal o incidental (Fuzier-Hermann y Darras, Code Civil, art. 2244, 1 y s.). £n cuando a las demandas incoadas ante el T. de Tierras, que no lo son por medio de una citación, sino por el depósito de una reclamación (art. 66 de la L. de Registro de Tierras) puede admitirse que la prescripción queda interrumpida el día fijado en el auto de emplazamiento si la reclamación se forma ese día, o en la fecha de la presentación de la reclamación en la audiencia fijada por el tribunal (v. Casación, 25 de julio, B. J. 576, p. 1582).

cuando ésta incluya la cláusula de que el deudor estará en mora sin necesidad de intimación alguna.

Cuando la obligación del deudor consiste en el pago de una suma de dinero, no toda intimación lo constituye en mora y permite al acreedor resarcirse de los daños y perjuicios experimentados, los cuales consisten, en virtud del art. 1153 del C. Civil, en los intereses de la cantidad adeudada. Por excepción al principio general enunciado en el art. 1146, esos intereses no se deben sino a partir del día de la demanda.

Transmisibilidad del derecho de acción. En regla general, el derecho de ejercer las acciones que protegen una situación jurídica es transmisible a los herederos del actor. Sin embargo, algunas acciones, que se refieren a derechos esencialmente personales, no son trasmisibles a los herederos.

La ley admite expresamente, respecto de algunas de estas acciones, su trasmisibilidad a los herederos del titular de la acción cuando la demanda en justicia ha sido formada. Así lo disponen los arts. 330 y 957 del C. Civil, con respecto a las acciones en reclamación de estado de hijo legítimo y en revocación de donación por causa de ingratitud.

De acuerdo con la opinión que prevalece, esos casos no son excepcionales, sino que constituyen aplicaciones particulares de un principio general. ***Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae indicio salvae permanent***
Por ello la regla debe ser aplicada en los otros casos análogos: acciones en nulidad del matrimonio (en ciertos casos), acciones en reparación de un daño moral, etc.

La trasmisibilidad a los herederos del actor de las acciones intransmisibles, cuando se haincoado la demanda, se explica generalmente diciendo que con la demanda el actor manifiesta claramente su intención de prevalerse del derecho de acción, y que, si falleciere antes de la sentencia, sus herederos deben recoger el beneficio de la acción tal como si el juez hubiera estatuido inmediatamente.

(36) Digesto I, 17, 139; Aubry y Rau, Cours de Dioit Civil, 5a, ed„ VII, 462 p. 101), IX, 544 bis (p. 21), XI, 708, (p. 478); Glasson y Tissier, Traité, I, 192.

De acuerdo con una opinión, generalmente abandonada[37], no bastaría la demanda para hacer trasmisible el derecho de acción a los herederos, sino que sería preciso, además, que la instancia se encuentre en estado de recibir fallo, de acuerdo con los arts. 342 y 343.

Las acciones que, por su naturaleza son estrictamente inherentes a la persona, no pasan a los herederos del demandante, ni pueden ser continuadas contra los herederos del demandado.

La acción en divorcio, la más importante de este grupo, se extingue por la muerte del demandante o la del demandado, sobrevenida aún después de pronunciada la sentencia y antes de que seaejecutada (art. 20 de la L. 1306 bis de 1937).

Las acciones en interdicción y en dación de consultor judicial se extinguen por la muerte del demente, del débil de espíritu o del pródigo, aun sobrevenida después de la demanda.

Asimismo, la acción en nulidad del matrimonio por falta de consentimiento de los padres, de los ascendientes o del consejo de familia, solamente puede ser ejercida por las personas cuyo consentimiento era requerido (art. 74 de la L. 1044 de 1928, 61-4 de la L. 659 de 1944).

Otras acciones personales parecen menos estrictamente inherentes a la persona, y se las considera por algunos autores como trasmisibles activa y pasivamente: la acción en separación de bienes, que podría ser continuada por los herederos de la mujer o contra los herederos del marido; la acción en denegación de paternidad, que no se extinguiría por el fallecimiento del hijo en el curso de la instancia[38]

Efectos especiales de la demanda introductiva. Además de los efectos generales de toda demanda en justicia, la demanda introductiva de instancia produce dos efectos particulares: lo., la creación de la instancia; 2o., la fijación de la extensión del proceso.

(37) Glasson y Tisssier, Traité, I, 192.

(38) Glasson y Tissier, Traité, I. 192.

Creación de la instancia. La instancia es un estado, una situación de derecho. Dentro de la instancia las partes tienen ciertas facultades y el juez desempeña ciertas funciones, y se hallan ambos compelidos al cumplimiento de deberes especiales. Las partes, una vez iniciada la instancia, quedan facultadas para hacerla avanzar hacia su desenlace, que es la sentencia. El juez por su parte, se halla obligado, en ejercicio de su función jurisdiccional, y una vez cumplidos los trámites de la instancia que se hallan a cargo de las partes, a decidir sobre la litis por medio de una sentencia[39].

El acto que inicia o crea la instancia es la demanda introductiva de instancia, la cual, se ha visto, emana siempre del demandante. Las otras demandas, las incidentales, caen dentro de la órbita de la instancia creada por la demanda introductiva.

Fijación de la extensión del proceso. La determinación y enunciación del objeto del litigio en la demanda introductiva de instancia circunscribe, tanto para las partes como para el juez, la esfera en que pueden actuar.

El demandante no puede pedir al tribunal que le otorgue otra cosa que el contenido de su demana. El juez, por su parte, no puede decidir sino sobre lo pedido enla demanda, tal como ha sido fijado en el acto introductivo de la instancia y por las conclusiones asumidas después por el demandante, quien, en ciertos casos, puede modificar o extender la demanda inicial, dentro de ciertos límites, pero no cambiarle su ***objeto*** o su ***causa,*** a menos que en ese cambio consienta válidamente el demandado; pero bajo la condición de que con esos cambios no se someta al tribunal una cuestión ajena a su competencia de atribución. Tampoco puede el juez estatuir respecto de otras personas que las que figuran como demandante y como demandado, salvo el caso en que ocurra una cesión o transporte del derecho de acción en justicia, lo que tiene por efecto la consiguiente sustitución del cesionario en el lugar del cedente.

(39) Glasson y Tissier, Traití, II, 453.

Son la demanda y las conclusiones de las partes lo que hay que tomar en consideración para saber si el juez ha decidido sobre todos los puntos que le fueron sometidos, o sí, por el contrario, ha estatuido ultra petita o extra petita, errores que causarían la nulidad de la sentencia.

Hechos posteriores a la demanda. El demandante no debe perjudicarse con las inevitables lentitudes del procedimiento; por eso el juez debe resolver sobre sus pretensiones como si la sentencia fuera rendida el mismo día de la demanda, situándose, para apreciar el mérito de la acción, en el mismo instante en que fue introducida. En consecuencia, los hechos sobrevenidos después de la demanda no pueden ser tomados en consideración al dictar la sentencia.

Por esa razón, pero principalmente a causa de la irretroactividad de la ley, no se debe tomar en cuenta una ley promulgada después de la demanda. Tampoco debe tomarse en cuenta la quiebra del demandante ocurrida en el curso de la instancia. Los cambios de domicilio sobrevenidos después de la demanda no pueden modificar las reglas de la competencia. La demanda en cobro de indemnización debe ser desestimada cuando ha sido intentada antes que el demandante experimente el perjuicio alegado, aunque ese perjuicio se haya realizado después de lanzada la demanda (Casación, 23 de agosto de 1929, B. J. 229, p. 14). Si el acreedor ha demandado antes del vencimiento del término de su crédito, la demanda debe ser rechazada, aun cuando el vencimiento se produzca en el curso de la instancia.

Se ha propuesto, por razones de equidad y para evitar un nuevo proceso, restringir este principio en caso de que el hecho nuevo sobrevenido después de la demanda, sea de tal naturaleza que permita al demandante renovar con éxito su acción, si la primera demanda le es rechazada . Esto no ofrece dificultad en el primer grado de jurisdicción; pero, en grado de apelación, hay que tomar en cuenta la regla que pro-

(40) Morel, Traité élémentaire de procedure civile, 2a. ed„ 45, y la jurisprudencia que cita.

hibe las demandas nuevas (art. 464). Por consiguiente para que el hecho nuevo pueda ser tomado en cuenta por el juez del segundo grado, es preciso que se trate de un hecho que no modifique el contenido de la demanda primitiva.

CAPITULO n - DEFENSAS, EXCEPCIONES, MEDIOS DE INADMISIBILIDAD

Sentido de la palabra defensa. El término defensa tiene en la ley distintos ssntidos:

1o. Designa en primer lugar los escritos por cuyo medio el demandado y el demandante se dan a conocer reciprocamente los alegatos de hecho y de derecho en que fundan sus respectivas conclusiones (arts. 77, 78, 79, 80 y 154)[41] La ley emplea también el término réplica. Se confunde así la defensa como acto jurídico procesal con el instrumento que la contiene.

2o. En una segunda significación, sumamente amplia, se designan como defensas todos los medios que el demandado opone a la demanda, sea que conteste el derecho reclamado, sea que alegue algún vicio de la demanda para pedir su rechazamiento, sea que rehuse contestar la demanda hasta la expiración de un cierto plazo o hasta que se cumplan ciertas formalidades, sea que someta al juez una pretensión que si es admitida, atenuará o imposibilitará la condenación, o hará condenar al demandante.

3o. ***Stricto sensu,*** entendemos por ***defensas*** solamente aquellos medios de combatir la demanda que no pueden confundirse ni con las ***excepciones*** ni con los ***medios de inadmisibilidad***

Defensas propiamente dichas. En este último sentido se entiende por ***defensas, o defensas al fondo,*** los medios que

(41) Como se ha expresado, los Arts. 77 y 78 fuero modificados por la L. 845 de 1978, y fue suprimido el proeedimeinto ordinario. Dichaley derogó expresamente la L. 1015 de 1935. Es obvio que quedaron derogados los arts. 79 y 80 y modificado, en lo que fuere contrario, el art. 154.

puede proponer el demandado para demostrar que la pretensión del demandante es injusta o infinidad;.

Cuando el demandado opone una defensa, contradice directamente la acción, negando la existencia de la situación jurídica (generalmente un derecho subjetivo) que le sirve de soporte, o la existencia del derecho de acción. Hay defensa: cuando el demandado alega la inexistencia del contrato generador del crédito reclamado, o del delito en que se funda la demanda en reparación del perjuicio, o sea cuando impugna la ***causa de la demanda;*** cuando el demandado invoca la extinción de su deuda por pago, remisión, compensación legal, prescripción, novación; cuando el demandado pretende que la obligación es nula por causa de error, violencia, dolo, falta de causa, causa ilícita; cuando el demandado en interdicción sostiene que el demandante no es una de las personas a quienes la ley inviste con la facultad de solicitar la interdicción. Las alegaciones de inexistencia, nulidad o extinción de las obligaciones de falta de derecho o de falta de Ínteres, son, por consiguiente, ***defensas al fondo,*** porque, al pretender el rechazamiento de la demanda por uno de esos motivos, el demandado acepta el debate sobre la cuestión fundamental planteada por el demandante. Es lo que se llama ***pleitear al fondo,*** que es precisamente lo contrario de ***excepcionar, o pleitearen cuanto a la formr***

Siendo la defensa una de las formas que reviste la acción en justicia, se halla sometida al mismo requisito fundamental de la existencia de un interés jurídico en el demandado. Sin embargo, la doctrina admite más latamente el derecho del demandado a invocar defensas que el derecho del demandante a incoar demandas; siempre es legítimo el interés del demandado en hacer rechazar la demanda[42]

Excepciones. La palabra excepción tiene en el C. Civil un sentido lato, que incluye el ***medio de defensa~*** Tales son las excepciones mencionadas en los artículos 1208 (co-deudor solidario), 1360 y 1361 (juramentodecisorio), 1367 (juramento deferido de oficio), 2012 (fianza).

'42) Japlot, Traité élémentaire de Procedure Civile, 2a. ed., 26.

Pero en el C. de Pr. Civil la palabra excepción tiene un sentido técnico y estricto, y se aplica solamente a una categoría de medios que no consisten, como las defensas, en una negación indirecta de la pretensión del demandante. Se les considera de menor importancia que los medios de defensa, porque la parte que los invoca rehuye el debate sobre el fondo, presentando una resistencia apoyada únicamente en motivos de pura forma. Son medios que obstruyen la marcha normal del proceso hacia su terminación normal, la sentencia sobre el fondo. Entran, pues en la categoría de los ***incidentes.***[43]

Para explicar ese dualismo y comprender la teoría actual de las excepciones como incidentes de procedimiento, es preciso recordar brevemente su evolución histórica.

Evolución histórica. En el sistema de procedimiento de las ***legis actiones,*** de acuerdo con la opinión más generalizada, no existieron excepciones. A ello se oponía su particular estructura y el principio de la ***unidad de cuestión,*** que exigía que se incoara una acción especial para sostener cada pretensión distinta. De modo, pues, que las pretensiones del demandado no podían traducirse más que, o en medios de defensa, o por el ejercicio de una acción separada y en sentido contrario a la acción ejercida por el demandante[44]. Con el ***procedimiento formulario*** aparece la excepción[45], que es todo medio por el cual el demandado, sin contradecir directamente la pretensión del demandante, alega un hecho distinto susceptible de evitar la condenación. Por el contrario hace valer no una excepción sino una defensa el demandado que, negando directamente la pretensión del demandante sostiene pura y simplemente que no debe ser condenado.

En principio la excepción debía ser insertada en la fórmula después de la ***intentio,*** para subordinar a su verificación

(43) El Art. 1o., de la L. 834 de 1978 define las excepciones como "todo medio que tienda sea a hacer declarar el procedimiento regular o extinguido, sea a suspender su curso".

(44) Girard, Manuel élementaire de droit romain, 8a., ed„ 1093; Jhering, L'esprit du droit romain, trad. de O. de Melenaere, 3a. ed., IV, 60; R. Von Mayr, Historia del derecho romano, trad. de W. Roces, 2a. ed., I, 139.

(45) Glasson y Tisssier, Traité, I, 228.

el poder del juez de condenar; pero esto no se observaba respecto de algunas excepciones, como por ej. la excepción de dolo opuesta a una acción de buena fe. El efecto de la excepción, en el procedimiento formulario, podía ser o la absolución del demandado, que era el caso normal, o disminuir la condenación, lo que ocurría con respecto a la excepción de dolo. A veces la excepción tenía por efecto obligar al demandante, no a renunciar a su derecho, sino solamente a hacerlo valer de un modo distinto. Estas excepciones se llamaban ***-dilatorias,*** como por ej. la excepción fundada en un pacto en que el acreedor había prometido al deudor no demandarlo duante un cierto tiempo i***(pactum de non petendo):*** si el acreedor demandaba antes del término convenido, el demandado podía obligarlo, proponiendo la excepción fundada en el pacto, a retardar el ejercicio de la acción hasta que expirara el término. Las otras excepciones, por el contrario, se llamaban ***perentorias,*** porque, si eran acogidas, conllevaban la absolución del demandado. Sin embargo, la distinción entre ex cesiones ***dilatorias*** y ***perentorias*** no tenía aplicación sino en la fase del procedimiento que se tramitaba ante el pretor (procedimiento ***in jure),*** que culminaba con la redacción y entrega de la fórmula con envío del asunto ante el juez ***(iudex).*** Dos cosas podían ocurrir en esa primera fase del proceso: si el demandante reconocía que la excepción dilatoria era fundada, debía modificar su acción admitiendo la pretensión del demandado (por ej., en caso de beneficio de división se avenía a llamar en causa a los ***fideussores*** que había omitido demandar); pero podía ocurrir que el demandante combatiese la excepción dilatoria, y entonces, como el pretor no tenía poderes para juzgar, sino meramente para organizaría instancia, y como, por otra parte, el juez solamente podría condenar o absolver, el pretor consignaba la excepción dilatoria en la fórmula, para que el juez la examinara, y, si la reconocía fundada, absolviera al demandado. En consecuencia, las excepciones cesaban de ser meramente dilatorias y se transformaban en perentorias por el hecho de que se las insertara en la fórmula. Por eso se dice que la división de las excepciones en perentorias o dilatorias no es exacta sino en la fase ***injure*** del

procedimiento. En esto se ve generalmente el origen de la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias, aun actualmente empleada en ciertas circunstancias.

En este sistema la noción y el mecanismo de la excepción eran una consecuencia de la antinomia existente entre el derecho civil de formación antigua y el derecho pretorio, que sin abrogarlo expresamente, lo fue sustituyendo poco a poco. Ante el magistrado se oponía en forma de excepción una regla de derecho pretorio, para combatir una acción basada sobre el derecho civil. El juez ante quien era enviado el asunto debía verificar, en primer término, la justeza de la excepción, y, en caso afirmativo, tenía que descargar al demandado. En esa época, pues, la excepción era un mero instrumento fundada sobre el derecho civil, una regla consagrada por el derecho nuevo: el demandado no contradecía la demanda en sí misma, sino que le oponía un hecho distinto, que el magistrado consideraba suficiente para descartarla.

En el procedimiento ***extraordinario*** se ha borrado toda diferencia, en cuanto a la forma, entre la excepción y la defensa propiamente dicha. Ante el magistrado, que ejerce por sí solo las funciones de instruir preparatoriamente el proceso y de decidir acerca de las pretensiones de las partes, el demandado puede proponer libremente todos los medios directos o indirectos con que se opone a la demanda. Sin embargo, se conservó por lo menos una apariencia de distinción entre las defensas y las excepciones[46], pero se trata ahora de una diferencia de fondo: la defensa es la negación pura y simple del hecho alegado, en tanto que la excepción se propone paralizar la demanda sin contradeciría directamente. Presenta una excepción y no una defensa el demandante que reconoce que prometió, pero pretende que lo hizo bajo la influencia del dolo, o de la violencia o del error, en vista de una prestación que no le fue hecha[47].

El derecho canónico se apropió las distinciones del dere-

(46) Accarias, Préeis de Droit Romain, 4a. ed., 890 y s.

(47) Instituciones de Justiniano, IV, 13 (De exceptionibus).

cho romano, completándolas. Entiende por excepciones ***perentorias*** las que, si se reconocen fundadas, aunque no combatan directamente la pretensión del demandante, la hacen sin embargo ineficaz: excepciones de dolo, de violencia, de transacción, de cosa juzgada etc. Las excepciones ***dilatorias*** paralizan temporalmente el ejercicio de la acción, pero no la destruyen. Son de dos clases: las dilatorias ***solutionis,*** que tienen por objeto retardar el pago, como la excepción deducida del no vencimiento del término; y las dilatorias ***iudici,*** que se fundan, sea sobre la incapacidad de uno de los litigantes o de su representante, sea sobre un vicio de procedimiento causado en la inobservancia de una forma, sea sobre la incompetencia o la incapacidad del juez.

El antiguo derecho francés se inspiró en la teoría canónica de las excepciones. Admitió las excepciones ***perentorias y*** las ***dilatorias;*** pero subdividió las perentorias en dos clases, y separó de las segundas las que se refieren a la competencia, para crear la categoría nueva de las excepciones ***declinatorias.***

Las excepciones perentorias eran de forma o de fondo.

Las excepciones perentorias ***de fondo,*** llamadas también ***medios de inadmisibilidad,*** eran pretensiones del demandado que, sin negar ***directamente*** la pretensión del demandante, tenían sin embargo por objeto eludirla, como por ej. las excepciones de prescripción, de cosa juzgada, de transacción.

Algunos autores observaron con razón que las excepciones perentorias de fondo no eran otra cosa que defensas, y que era prácticamente inútil distinguir unas de otras. En el sistema del antiguo derecho francés oponía una excepción el demandado que alegaba que no debía por haber prescrito la acción del acreedor; pero proponía una defensa cuando invocaba un pago. Sin embargo, en ambos casos la pretensión del demandado es sustancialmente la misma, la extinción de la deuda.

Eran ***excepciones perentorias de forma*** las que consistían en invocar vicios en la redacción de los actos de procedimiento. La más importante era la nulidad del acto de emplazamiento.

Las *excepciones declinatorias* consistían en sostener que el tribunal no debía conocer del asunto en razón de su incompetencia, o por otra causa análoga.

Por ültimo, las *excepciones dilatorias* eran los medios que tenían por objeto, como en derecho romano, modificar o retardar el ejercicio de la acción; algunas eran verdaderos medios de fondo, como por ej. los beneficios del término, de división, de excusión. Con ese significado tan amplio numerosos medios de defensa podían ser clasificados como excepciones dilatorias.

Plan de exposición. Como en los casos anteriores, cuando se trata de materias afectadas por las nuevas leyes procesales, se tratará de conservar el texto original de la obra, ya que los principios generales expuestos son en su mayoría útiles y de constante aplicación. A continuación se desarrollarán los principios contenidos en las reformas introducidas en virtud de las leyes 834 y 845 de 1978.

Excepciones previstas en el C. de Pr. Civil. Dicho Código enumera las siguientes excepciones:

la. La excepción de fianza, llamada ***indicatum solvi*** (Art. 166 y 167) exigióle contra el extranjero transeúnte que no pertenezca a uno de los Estados signatarios de la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana, que actúe como demandante principal o interviniente ante cualquier tribunal que no sea un juzgado de paz[48]. Tiene por objeto asegurar el cobro de las costas y los daños y perjuicios causados en el proceso. El efecto de esa excepción es suspender el procedimiento hasta que la fianza sea prestada.

2a. Las ***declinatorias*** (Art. 168 y s.) fundadas o en la incompetencia del tribunal o en la litispendencia o la conexidad. Su efecto es obligar al demandante a incoar la acción o a continuarla ante el tribunal competente.

(48) La L. 845 ha modificado el Art. 16 del C. Civil. Su texto no excluye el j. de paz. En esta jurisdicción, como en materia comercial, puede proponerla excepción de fianza.

3 a. La excepción fundada en la ***nulidad*** de un acto de procedimiento (Art. 173)[49].

4a. Las excepciones ***dilatorias*** (Art. 174 y s.) que son: la que beneficia al heredero, a la viuda y a la mujer separada de bienes después de la disolución de la comunidad, para hacer inventario y deliberar, y la concedida a algunos demandados para poder llamar en garantía a las personas que deben garantizarlos. Si estas excepciones son acogidas, el tribunal prescribe un plazo durante el cual la instancia es suspendida.

5a. La excepción de comunicación de documentos (Art. 188 y s.)[50]. Por cuyo medio el demandante o el demandado piden que se le dé comunicación de los documentos invocados por su adversario. El curso de la instancia es suspendido hasta que la comunicación sea hecha.

Régimen del C. de Pr. **Civil.** El C. de Pr. Civil, en los Art. 166 y s., no trata como excepciones sino únicamente las de procedimiento[51].

Se considera como defensa al fondo cualquier medio invocado por el demandado para pretender que el derecho del demandante no ha existido nunca, o se ha extinguido. Asi, el demandado en cobro de un crédito propondrá indistintamente un medio de defensa, cuando sostenga o que la deuda no ha existido jamás, o que es nulo el acto que la originó, o que ha pagado, o que la deuda se ha extinguido por la compensación legal, por la prescripción, etc.

El C. de Pr. Civil califica de excepción únicamente el medio por el cual una cualquiera de las partes, pero más frecuentemente el demandado, sin contradecir la pretensión de su adversario en cuanto al fondo del derecho, se limita a pedir: que no se conozca de la demanda, sea porque la citación ha sido lanzada por ante un juez incompetente, sea porque alguno de los actos de la instancia está afectado de nulidad; o

(49) Las disposiciones de los artículos 168 y s. y 173, como se expondrá mas adelante- fueron derogados por los Art. 3 a 34 y35 a 43 de la L. 834.

(50) La L. 834 no contémplala comunicación de documentos como una excepción (art. 49 y s, de dicha ley).

(51) Glasson y Tissier, Traité, 229.

que se aplace estatuir durante un cierto plazo, o que se suspenda el procedimiento hasta que ocurra un cierto hecho.

Con la excepción, pues, se impugna solamente el procedimiento o la instancia, sin combatir el fondo de las pretensiones de la parte contraria. Si la parte triunfa en cuanto a la excepción, el juez debe, o anular el procedimiento, u ordenar la suspensión de la instancia; pero no puede examinar el fondo del proceso. Esto solamente podrá ser hecho en una nueva instancia regularmente incoada, o después de la expiración del plazo pedido, o después de ocurrido el hecho previsto.

Los tratadistas de derecho civil no toman en cuenta esa distinción, fundamental en el derecho procesal, entre defensas y excepciones; y, conformándose a la terminología del C. Civil, llaman también excepciones a los que en realidad son medios de defensa: la prescripción, la compensación, etc.

Excepciones no previstas. Se ha discutido si la enumeración contenida en los antiguos artículos 166 y 167, 168 a 172 estos últimos derogados, es limitativa o simplemente enunciativa. Hay duda, especialmente con respecto a las excepciones dilatorias, en razón de que los art. 186 y 187 el primero derogado por la L. 834 daba a entender que había otras, además de las enumeradas.

En una opinión se sostiene que no existen otras excepciones, y que la duda que a este respecto pareció surgir de la redacción de los Art. 186 y 187 proviene de que copiaron inadvertidamente lo que al respecto decía la ordenanza de 1667. Otros autores[52] por el contrario, admiten que, además de las enumeradas, existen otras excepciones dilatorias: el beneficio de excusión del fiador y el del tercero detentador del inmueble hipotecado, previstos en los arts. 2021 y 2170 del C. Civil; el derecho del heredero en el caso previsto por el art. 1221 del C. Civil; la falta de asistencia, o la incapacidad del demandante.

Excepciones y defensas; cómo operan. Las principales diferencias entre las excepciones y las defensas son:

(52) Glasson y Tissiei; Traité, I, 211.

la. Las defensas pueden ser opuestas hasta el momento en que se cierran los debates. Por el contrario, las excepciones tienen que ser invocadas ***in limine litis*** esto es, antes de las defensas al fondo (art. 169, 173, 186, los dos primeros ya derogados^ casación, 14 de agosto, 1947, B. J. 445 p. 542) excepto cuando se trata de excepciones fundadas en una norma de orden público, como la de incompetencia absoluta. Pero se admite que el demandado, aun presentando otras excepciones puede hacer reservas expresas del derecho de proponer las excepciones[53]

2a. Cuando el demandado triunfa en una defensa el demandante pierde definitivamente el derecho de reproducir la demanda. Por el contrario, si el demandado triunfa en una excepción, el demandante debe solamente, o recomenzar el procedimiento o suspenderlo momentáneamente; pero subsiste su derecho de ejercer la acción. Sin embargo, hay defensas, como la relativa a la inobservancia de un término convencional que, aunque opuestas victoriosamente por el demandado, no conllevan la extinción del derecho del demandante.

3a. La sentencia dictada contra el demandado que presenta conclusiones al fondo es contradictoria respecto de todas sus defensas posibles. Por el contrario, en principio, si el demandado propone una excepción, la sentencia estatuirá, al mismo tiempo, contradictoriamente sobre la excepción y en defecto en cuanto al fondo, pudiendo el demandado hacer oposición sobre el fondo.

4a. Si el juez de primera instancia se limitó a admitir la excepción, el juez de la alzada, si la rechaza no puede nunca estatuir sobre el fondo sino en los casos en que puede usar de la facultad de avocación (art. 474, infra, libro VIII). Por el contrario, cuando el juez del primer grado acoge una defensa, el juez de la apelación, si la rechaza, tiene la obligación de estatuir sobre las otras defensas del demandado, en virtud del efecto devolutivo de la apelación y no puede enviar ante aquél el examen de las otras defensas.

5a. Las defensas pueden ser propuestas en grado de ape-

(53) v. las disposiciones de la L. 834 comentadas infra.

lación por primera vez. El Art. 2224 del C. Civil consagra expresamente esta regla respecto de la prescripción. Por el contrario, no se puede hacer valer en apelación sino las mismas excepciones propuestas en primera instancia lo cual es más bien una consecuencia del principio según el cual las excepciones son cubiertas si no se proponen, en primera instancia, antes de las conclusiones al fondo; pero un demandado que hizo defecto en primera instancia puede por primera vez, proponer sus excepciones en apelación. La regla no se aplica tampoco a las excepciones fundadas en una norma de orden público, como la de incompetencia en razón de la materia, ni a la de fianza contra el extranjero demandante[54]?

Cuando debían proponerse las excepciones. De acuerdo con los art. 169, 173 y 186, hoy sustituidos por las disposiciones de la ley 834 las excepciones, en principio, debían proponerse ***in limine litis.*** La excepción tenía que proponerse antes de proseguir adelante, cuando el hecho que la motivaba ocurría en el curso de la instancia. Así, si en el curso de la instancia una parte cometía una nulidad de procedimiento, la otra parte debía oponer esta excepción en la primera audiencia, y antes que ningún medio de fondo. Asimismo, cuando una parte empleaba por primera vez documentos que no había comunicado a la otra, ésta podía pedir que le fueran comunicados y, a falta de comunicación, proponer la excepción de no comunicación de documentos.

La regla se justificaba diciendo que las pretensiones de pura forma, relativas a la competencia del juez, a la forma de la citación o de otro acto de procedimiento, a los plazos a obtener, a las medidas preliminares a ordenar, debían racionalmente ser decididas al comienzo de la instancia, o, en todo caso, antes que el fondo, porque los intereses protegidos por esas reglas de forma no tenían bastante importancia para justificar la anulación de todo el procedimiento, lo que ocurriría si se permitiera invocar esos medios en todo estado de causa[55].

(54) **Convierte tener en cuenta las disposiciones de los Art. 3 y s ; y 35 y s dé la L. 834 de 1978.**

(55) **Glasson y Tissier, Tiaité, I, 232.**

A la regla anterior no se hallaban sometidas las excepciones que interesaban al orden público (antiguo Art. 170), como la de incompetencia absoluta: éstas podían ser opuestas en todo estado de causa (Casación: 3 de agosto de 1909. B. J. 1, p. 7; 26 de agosto de 1927, B. J. 205, p. 17; Casación, 28 de noviembre de 1952, B. J. 508, p. 2200; 28 de abril de 1953, B. J. 5 13, p. 656).

Del principio enunciado se infería que el derecho de proponer las excepciones se perdía cuando se invocaba primeramente un medio de defensa, o sea cuando se concluía al fondo, aunque al hacerlo se hubieran formulado reservas generales para proponer las excepciones, cuando se adoptaba una actitud que implicaba renunciación implícita al derecho de proponer las excepciones, como por ej. cuando se formaba en términos generales, una demanda de comunicación de documentos. Se decía que la excepción había sido cubierta por efecto de una renuncia *implícita;* pero esto debía ^esultar de hechos que evidenciaran el propósito de renunciar (Casación, 29 de junio de 1931, B. J. 251, p. 100; 12 de junio de 1956, B. J. 551, p. 1187).

Por el contrario, la excepción no era cubierta; ñiparla constitución de abogado; ni por la solicitud de comunicación de documentos, expresamente formulada para fundamentar una excepción de nulidad o de incompetencia.

Como se verá mas adelante apropósito del régimen instituido por la L. 834 algunos de los principios enunciados subsisten, otros pueden considerarse desaparecidos.

Orden a observaren el Código.[56] Los antiguos art. 166 y s. fijaban un orden que debía ser seguido por la parte que podía oponer varias excepciones; pero sus términos eran sumamente imprecisos, lo que dió origen a diversos sistemas. El siguiente orden se consideraba el más aceptable:

lo. ***La excepción de fianza (iudicatum solvi).*** Debía proponerse previamente a toda excepción, de acuerdo con lo que

(56) **Piscis de procedure civile, 2a. ed„ I, 629;Morei Traité éMmentaire** de procedure civile, 51 bis; Japiot, Tiatié élémentaiie de procedure civile, 2a. ed., 701 y s.; Glasson y Tisssier, Tiatité 1, 232 y s.

diponía el Art. 166. Esto fue puesto en duda a causa de que también mandaban lo mismo los Art. 169 y 173, respecto de las excepciones de incompetencia relativa y de nulidad del acto de emplazamiento. De esta ambigüedad nacieron varias opciones: una que sostenía que las excepciones de fianza, de incompetencia relativa y de nulidad podían ser opuestas en un orden cualquiera, debiendo proponerse sin embargo, la de incompetencia antes que la de nulidad a causa de lo dispuesto en el Art. 173; otra que pretendía que era necesario presentar en primer lugar la excepción de incompetencia relativa: otra que sostenía que la excepción de nulidad debía preceder a la de fianza. Se fundaban estos últimos sistemas en que, si triunfaba una de las excepciones de incompetencia o de nulidad, el proceso terminaba, y, por lo mismo sería innecesaria la fianza ; pero al razonar así no se tenía en cuenta el hecho de que los incidentes de nulidad o de incompetencia ocasionaban costas, cuyo pago debía ser garantizado por la fianza, al igual qu las relativas al fondo.

2o. ***Excepciones declinatorias.*** La excepción de incompetencia territorial tenía que ser opuesta antes que toda otra excepción, por ej. de la excepción de nulidad o de las excepciones dilatorias, pero después de la excepción de fianza (Art. 169). En consecuencia, no se podía pedir la nulidad del emplazamiento introductivo de instancia y proponer subsidiariamente la incompetencia; pero inversamente, se podía pedir la incompetencia de modo principal y proponer otra excepción subsidiariamente. Asi, por ej., se podía proponer la incompetencia territorial y concluir subsidiariamente a la nulidad del acto de emplazamiento: es natural que si el juez acogía la excepción de incompetencia, no tenía que examinarla de nulidad. La excepción de incompetencia no podía tampoco ser propuesta después de una demanda de comunicación de documentos, formulada de un modo general; pero esta demanda de comunicación de documentos no cubría la excepción de incompetencia cuando se interponía expresamente para fundamentar el pedimento acerca de la incompetencia. Por el contrario, las excepciones declinatorias fundadas sobre

la incompetencia absoluta, la litispendencia o la conexidad podían ser propuestas en todo estado de causa.

3o. ***Excepción de nulidad.*** Debía ser propuesta después de la excepción de fianza contra el extranjero y de la de incompetencia, pero antes que las declinatorias y de las demandas de comunicación de documentos. La excepción de nulidad quedaba cubierta si se proponía antes una de las otras excepciones; pero no era cubierta por el hecho de que se demandara comunicación de documentos expresamente para establecer una nulidad, ni porque se propusiera la excepción de no comunicación de documentos.

4o. ***Excepciones dilatorias.*** Tenían que ser propuestas antes de que se formulara cualquier demanda de comunicación de documentos, cuando esta demanda se refería al fondo del proceso. Había dudas acerca del orden que debía seguir el demandado que podía proponer varias excepciones dilatorias, a causa de que, por un lado, el Art. 186 mandaba que las excepciones dilatorias fueran propuestas conjuntamente, y, sin embargo, el Art. 187 admitía que el heredero, la viuda y la mujer separada de bienes podían no proponer sus excepciones dilatorias sino después de vencidos los términos para hacer inventario y deliberar. Esta cuestión estaba ligada a la antes examinada de saber si solamente existían las excepciones dilatorias de inventario y de garantía, o si por el contrario, existían otras. Si se adoptaba el primer sistema, el Art. 186 no tenía aplicación, puesto que, de acuerdo con lo que disponía el Art. 187, la excepción de inventario debía oponerse, antes que la excepción de garantía, porque el hecho de encausar un garante implica que se ha tomado una decisión acerca de la aceptación de la sucesión o de la comunidad, lo que significaría una renuncia a la excepción dilatoria de inventario. Por el contrario, si se admitía que, además de las enunciadas expresamente en el C. de Pr. Civil, existían otras excepciones dilatorias, es forzoso convenir en que la del Art. 1225 del C. Civil podía ser propuesta conjuntamente con las otras excepciones, excepto la de inventario, que debía ser invocada en primer término.

5o. ***Excepción de no comunicación de documentos.*** Ocupaba el último lugar en la enumeración de la ley, y tenía que ser opuesta después de todas las demás, salvo el caso de que la comunicación hubiera sido pedida expresamente con el fin de obtener la prueba del derecho de presentar otra excepción.

Medios de inadmisiblidad. De acuerdo con el C. de Pr. Civil, los medios de inadmisiblidad, o de inadmisión, que el demandado podía oponer a la demanda, operaban desde diversos puntos de vista, de un modo distinto a las excepciones y a los medios de defensa[57]. Eran, y actualmente aún lo son, entre otros: la falta de interés, de capacidad o de calidad; la inadmisibilidad de un recurso de apelación por tardío (Art. 444 del C. de Pr. Civil), o por prematuro (Art. 449 deroga do), los casos previstos en los Art. 27, 497 del C. de Pr. Civil, 105, 435, 518, 581 delC. de Comercio).

Al oponer uno de estos medios, el demandado no ataca directamente la existencia del derecho, de la facultad o de la situación jurídica en que el demandante funda su acción, ni impugna tampoco la regularidad del procedimiento, sino que le niega al demandante el derecho de acción en justicia[58]

De aqui los siguientes caracteres propios de los medios de inadmisibilidad que los distinguen de las defensas y de las excepciones:

1o. Al acoger un medio de inadmisibilidad el juez no examina el fondo de la demanda como lo hace cuando acoge una defensa, sino que la declara inadmisible porque el demandante no tiene el derecho de acción. Al ser declarada inadmisible, la demanda, en regla general, no puede ser reproducida, como ocurre cuando el juez acoge una excepción.

2o. Los medios de inadmisiblidad podían, de acuerdo con el Código de Pr. Civil ser invoados en todo estado de cau-

(57) Glasson y Tisssier, Traité, I, 227; Japiot, Traité élémentaire de Procedure Civile, 2a. ed., 129, La terminología legal es imprecisa, el Cap. VI de laL. 1306 bis de 1937 sobre Divorcio, se titula De las excepciones de Inadmisión; el Tit. XIV, lib. II, del C. de Comercio, lleva por rilbrica Excepciones, Se trata de medios de inadmisibilidad.

(58) Estos conceptos son aplicables en el actual sistema.

sa, lo mismo que las defensas; por el contrario, las excepciones tenían que ser invocadas antes que las defensas al fondo, y antes que los medios de inadmisibilidad.

3o. La sentencia que, en ausencia de conclusiones del demandado sobre el fondo rechaza un medio de inadmisibilidad ligado al fondo, es contradictoria y no en defecto, de acuerdo con la opinión más generalizada.

Los anteriores rasgos característicos, generalmente atribuidos a los medios de inadmisiblidad, en oposición respectivamente a las excepciones y a las defensas, no autorizan a ver en ellos, según la mayoría de los autores, una categoría independiente de medios, que ocupara una situación intermedia entre las unas y las otras. En la generalidad de los casos, en efecto, de acuerdo con el sistema del C. de Pr. Civil, el régimen a que se hallan sometidos los medios de inadmisibilidad es el mismo que rige las defensas al fondo.

Algunos de los medios de inadmisibilidad operaban más bien como las excepciones, y no como las defensas. Puede citarse: el de la inadmisibilidad, por prematuro, del recurso de apelación previsto en el Art. 449, derogado, puesto que la sentencia que lo acogía quitaba al apelante el derecho de incoar otro recurso de apelación.

Régimen de **la** Ley 834.— Los artículos 1ro. al 59 de la L. 834 organizaron un nuevo sistema procesal para las excepciones y los medios de inadmisibilidad. Sus textos, como se ha indicado en otras oportunidades, constituyen una traducción aveces desafortunada, de los arts. 73 a 107 y 122 a 126 del Nuevo Código de Procedimiento* Civil Francés, promulgados en Francia mediante el Decreto No. 75-1123.

De acuerdo con las señaladas reformas, las excepciones han sido sometidas a un régimen riguroso, encaminado primordialmente a evitar la chicana, y en general, las dilaciones a que se prestaba el antiguo sistema.

De conformidad con el Art. 2 de la Ley 834, las excepciones deben ser presentadas simultáneamente, a pena de inadmisibilidad antes de toda defensa al fondo o fin de inadmisión, esto es, ***in limitie litis*** aún en el caso en que las reglas

invocadas en apoyo de la excepción, sean de orden público.

Excepciones: Los arts. 1 y 2 contienen definiciones y establecen los principios generales.

Constituye una excepción de procedimiento, "Todo medio que tienda a hacer declarar el procedimiento irregular o extinguido, sea a suspender su curso".

La Ley 834 prevee tres categorías de excepciones de procedimiento: la excepción de incompetencia; las excepciones de litispendencia y conexidad y las excepciones de nulidad.

Las excepciones dilatorias (art. 108 a 111 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés) no fueron incluidas en las reformas introducidas por la L. 834. Por lo tanto, los Arts. 174 a 187 de nuestro Código de Procedimiento Civil no han sido objeto de modificación. Sin embargo, es preciso conciliar estas disposiciones, aún vigentes con los principios generales establecidos en la Ley 834.

La excepción dilatoria para hacer inventario y deliberar y la excepción de garantía, deben ser presentadas simultáneamente, ***in limine litis,,*** es obvio que el procedimiento quedará suspendido hasta encausar al garante, o hasta la terminación del plazo, según sea el caso.

La comunicación de documentos (art.'49 a 51 de la citada Ley) no constituye una excepción de procedimiento. El Art. 2 de dicha Ley establece que esta demanda "no constituye una causa de inadmisión de las excepciones[59]

La declinatoria por causa de conexidad no tiene que ser invocada simultáneamente ya que, de acuerdo con el art. 31 puede ser propuesta en todo estado de la causa, pero podría ser descartada si ha sido promovida tardíamente, con intención dilatoria.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta la disposición del art. 35 de la misma ley, respecto de las nulidades de los actos procesales, las cuales, por razones de lógica, serán pro-

(59) Jean Vicent, Procedure Civile, Pág. 60; Juan MI. Pellerano Gómez, El Orden en que deben ser propuestas las excepciones de procedimeinto, publicado en Estudios Jurídicos, tomo III, Vol. 1 Pág. 107.

puestas a medida que éstos se produzcan. Igualmente, el art. 40 establece que las excepciones de nulidad fundadas en el incumplimieno de las reglas fondo de los actos de procedimiento, podrán ser propuestas en todo estado de causa salvo la posibilidad para el Juez de condenar a daños y peijuicios al litigante que se haya abstenido, con intención dilatoria, de proponer tales medios con anterioridad.

La excepción de fianza ***(iudicatum solví)*** prevista en el Art. 16 del Código Civil, sufrió modificaciones en virtud de la L. 845. En la actualidad, la fianza que debe prestar el extranjero transeúnte puede ser solicitada "en todas las materias y todas jurisdicciones"*[60]*

Resumiendo, las excepciones, en el estado actual de nuestra legislación son las siguientes: la excepción de incompetencia; las excepciones de litispendencia y conexidad, las excepciones dilatorias; las excepciones de nulidad, y la excepción de fianza ***(iuaicatum solví).***

Excepciones de Nulidad.- Las nulidades de los actos de procedimiento por vicio de forma pueden ser promovidas a medida que éstos se cumplen en el curso de la instancia (art. 35 de la L. 834). Pero quedará cubierta si la parte que la promueve ha hecho valer, con posterioridad al acto criticado, defensas al fondo u opuesto un medio de inadmisión sin promover la nulidad.

Por otra parte, (art. 37) cuando se hace valer una nulidadporvicio de forma, se debe justificar el agravio que le causa la irregularidad, aún cuando se trate de una formalidad sustancial o de orden público. Además la nulidad podría quedar cubierta mediante la regularización ulterior del acto, si no ha intervenido una caducidad, y si la regularización hubiera hecho desaparecer el agravio.

(60 En Francia, por el contrario, el Art. 16 del C. Civil fue abofada por la Ley 75-596 de 1975. que derogó el art. 16 del C. Civil. Ya desde 1972 había desaparecido del C. de Pr. Civil. La razón fue que en la época presente del mercado común y del cosmopolitismo, no se justifica la existencia de una institución considerada vetusta, demantelada por varias convenciones internacionales (v. Sirey, Rev. Trim. de Droit Civil, 1975, p. 807, No. 51).

Las nulidades por vicio de fondo previstas por los art. 39 a 43 de la L. 834 (falta de capacidad para actuar en justicia, falta de poder), pueden ser propuestas en todo estado de la causa. Sin embargo, el juez tiene la facultad de condenar a daños y perjuicios a la parte que las promueve, si ésta se ha abstenido con intención dolosa de proponerlos con anterioridad.

La parte que las promueve no está obligada a justificar un agravio. Asimismo, no es necesario que la nulidad resulte de un texto expreso en la Ley.

Las nulidades por vicio de fondo pueden ser suplidas de oficio cuando tienen un carácter de orden público. Puede ser suplida de oficio la nulidad que produce la falta de capacidad de actuar en justicia.

Si fuera susceptible de ser cubierta la nulidad no será pronunciada si su causa ha desaparecido en el momento en que el juez estatuye.

Excepciones declinatorias. Los Art. 3 a 34 de la L. 834 instauran un nuevo régimen para las excepciones declinatorias, encaminado primordialmente a favorecer la aceleración del procedimiento, y a evitar la proliferación de éstas jeneralmente usadas como medios dilatorios, frente a las cuales tanto el adversario como el Juez se encontraban desarmados dentro del antiguo sistema procesal.

La Ley 384 ha recogido las últimas reformas francesas, que comenzaron con el Decreto-Ley del 30 de octubre de 1935, terminando con las reformas introducidas mediante los decretos del 20 de julio de 1972 y 17 de diciembre de 1973, e integrados con algunas innovaciones, en el Nuevo Código de Procedimiento Civil, puesto en vigor el 1ro. de enero de 1976, mediante el Decreto No. 75-1123 del 5 de diciembre de 1975.

Las excepciones declinatorias pueden presentarse bajo la forma de una excepción de incompetencia, una excepción de conexidad o una excepción de litispendencia. En el primero de los casos, el litigante pretende que la jurisdicción apoderada es incompetente. Se denomina este caso como declinato-

ria de competencia (art. 3 a 27). En el segundo de los casos, el mismo litigio se encuentra pendiente ante dos jurisdicciones del mismo grado, igualmente competentes para conocerlo: es el caso de la declinatoria de litispendencia (art. **28).** En el tercer caso, existe entre dos litigios un lazo tal que es de interés, para una buena administración de la justicia, hacerlos instruir y juzgar conjuntamente, es el caso de la conexidad (art. 28).

El procedimiento para el ejercicio de las declinatorias, previsto en la L. 834 será expuesto en el libro VI.

Medios de inadmisión. El (art. 44 de la Ley 834 define la inadmisibilidad como "todo medio que tienda a hacer declarar al adversario inadmisible en su demanda, sin examen al fondo, por falta de derecho de actuar, tal como la falta de calidad, la falta de interés, la prescripción, el plazo prefijado, la cosa juzgada".

La inadmisibilidad puede ser propuesta en todo estado de causa, salvo la posibilidad para el juez de condenar al pago de daños y perjuicios al litigante que con intención dilatoria, se haya abstenido de invocarlos (art. 45).

Como antes se expresó deben ser acogidos sin que el que la invoque tenga que justificar un agravio, y aún cuando la inadmisibilidad no resultare de una disposición expresa de la Ley. (art. 46). Serán suplidos de oficio por el juez cuando tienen un carácter de orden público especialmente cuando resulten de la inobservancia de los plazos establecidos para interponer un recurso.

El juez puede también suplir de oficio el medio resultante de la falta de interés (art. 47).

Cuando se trate de una situación susceptible de ser regularizada, la inadmisibilidad será rechazada si su causa ha desaparecido en el momento en que el juez estatuya, o si antes de la exclusión la parte que tiene calidad para actuar viene a ser parte en la instancia (art. 48).

El caso citado en el segundo parrafo del artículo 48 puede darse con frecuencia Supone que una instancia ha Sido incoada por una parte que carece de calidad. Esta inadmisibi-

lidad procede si es invocada por la parte adversa, pero ella podría ser descartada si, antes de la exclusión, el adversario que no tenía calidad para actuar viene a ser parte en la instancia. Con esta disposición se evita una decisión sobre la inadmisibilidad, seguida de una instancia nueva, incoada por o contra la parte que podría invocar la falta de calidad.

Estas disposiciones ponen de manifiesto el propósito del legislador de crear medios efectivos que agilicen el proceso.

Las disposiciones legales citadas, que recogen la legislación francesa de 1972 incluida en el Nuevo Código de Pr. Civil francés, han puesto fin, según opiniones de la doctrina[61] a toda polémica sobre la naturaleza de la inadmisibilidad.

En efecto, la inadmisibilidad se asimilaba unas veces a la excepción, otras al medio de defensa.

La legislación francesa comenzó implantando en el año 1935 un régimen similar al adoptado para las excepciones, con el propósito de evitar que estos medios fueran usados con fines puramente dilatorios.

Sin embargo, la circunstancia de que algunos medios de inadmisibilidad por su importancia, no debían caer dentro del régimen de las excepciones, produjo en Francia interpretaciones jurisprudenciales calificadas de arbitrarias, al admitir que ciertas inadmisibilidades podrían ser propuestas en todo estado de la causa.

Las reformas legislativas que se produjeron en Francia en 1958 con el propósito de poner fin a esta situación, instituyeron un sistema rígido que no se conciliaba con el carácter de algunos medios de inadmisión. En efecto, se dispuso que dichos medios serían declarados inadmisibles si no eran propuestos antes de toda defensa al fondo. Los tribunales, frente a inadmisibilidades como la prescripción, preferían considerarlas como defensas al fondo, susceptibles de ser propuestas en todo estado de la causa, desnaturalizando así su verdadero carácter, o aceptar la tesis sostenida por algunos autores que distinguían las inadmisibilidades de procedimientos (o de forma) de las inadmisibilidades ligadas al fondo.

(61) Jean Vicent Procedure Civile, Pág. 65 y Sig.s

TITUTLO III-CLASIFICACION DE LAS ACCIONES

CAPITULO I-BASE DE LAS CLASIFICACIONES

Puntos de vista. De acuerdo con la doctrina y con diversos textos del C. Civil y del C. de Pr. Civil existen tres clasificaciones de la acción en justicia, que se aplican asimismo a la demanda, puesto que la demanda es el acto procesal que materializa el ejercicio de la acción*[62]?

la. Las acciones son ***personales, reales y mixtas,*** según que el derecho deducido en justicia sea personal o real, o que se trate de un derecho personal y un derecho real indisolublemente ligados, puesto que la acción, aunque es un derecho subjetivo independiente, participa de la naturaleza del derecho que protege.

2a. Hay que distinguir las acciones ***mobiliarias*** de las ***inmobiliarias,*** en razón de la naturaleza del ***objeto*** reclamado, según que sea un mueble o un inmueble.

3a. Las acciones que son al mismo tiempo reales.e inmobiliarias se subdividen en ***petitorias,*** en las cuales se discute la titularidad de un derecho real, y ***posesorias,*** en que solamente se litiga acerca de la posesión del derecho.

Cada acción se halla incluida en dos o en las tres clasificaciones: la reivindicación de un inmueble es una acción ***real, inmobiliaria, petitoria;*** la demanda por turbación de posesión o querella posesoria es una acción ***real, inmobiliaria, posesoria;*** la reivindicación de un mueble es una acción ***real mobiliario;*** la demanda en cobro de dinero o de cosas fungibles es el ejercicio de una acción ***personal, mobiliario.***

No son comprensivas. A pesar de su alcance en apariencia general y absoluto, los tipos indicados no comprenden todas las acciones. Los derechos de familia y los derechos intelectuales no pueden ser considerados reales ni personales. Los

(62) Glasson y Tissier, Tmité I, 193; y s.; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil I, i-v; el mismo Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 10; Jean Vincent, Procedure Civile, 19va. ed., pág. 67 y s. H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, pág. 117 y s.

objetos de la acción no son siempre cosas muebles o inmuebles, caso en que se encuentran los derechos de familia. La reintegranda, aunque se considera generalmente como posesoria, parece tener, no un carácter real, sino de transición, que la acerca mucho a la acción personal.

Los términos de las distintas clasificaciones no tienen, por consiguiente, sino un valor aproximado: muy útiles en la práctica, ya que sirven de fundamento a importantes reglas de procedimiento y de competencia, tienen en cambio escaso valor absoluto si quisiéramos considerarlos como categorías netamente diferenciadas.

Otras bases de clasificación. Las clasificaciones expuestas se basan, como se ha visto, o en la naturaleza de los derechos deducidos en justicia, o en la naturaleza del objeto de la demanda.

De acuerdo con la doctrina de algunos autores[63] las acciones deben ser clasificadas atendiendo a la naturaleza de la sentencia que se trata de obtener con su ejercicio, puesto que esa sentencia es el objeto inmediato de la acción. Conforme a este criterio habría que distinguir, principalmente: las acciones que tienden a la aplicación de la ley mediante sentencia, esto es, las ***acciones*** de ***condena;*** las acciones de ***declaración;*** las acciones ***constitutivas;*** las acciones que tienden a la aplicación de la ley por medio de previsión o cautela, que son las acciones ***preventivas.***

Clasificaciones desaparecidas[64]. El derecho moderno ha repudiado las clasificaciones que rigieron en el sistema procesal del derecho romano: acciones ***in ius, in factum;*** acciones directas, útiles; acciones de derecho estricto, de buena fe; acciones arbitrarias, al simple, al doble, al triple, al cuádruplo, acciones ***in rem, in personam,*** acciones, ***reipersecutoriae, personaepersecutoriae, mixtas.***

(63) Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, 13 y s,; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 5 y s,; el mismo. Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 10.

(64) G. May, Elements de Droit Romain, 18a. ed., 295 y s.

Esas clasificaciones obedecían a particularidades del proceso romano, relativas: al origen de las acciones, a los poderes del juez, a su carácter penal o recuperatorio; pero son ajenas al al régimen unitario de las acciones en nuestro derecho actual, en el que todas son de buena fe, plantean los mismos problemas al juez y ninguna tiene carácter penal.

Nombres particulares. En el derecho romano las acciones, tanto reales como personales, tenían nombres especiales, y, como se ha visto, su nümero era limitado. En el derecho moderno, por el contrario, las acciones personales existen en número ilimitado; pero ni ellas ni las acciones reales llevan necesariamente designaciones particulares. Además, existen frecuentemente varias acciones para sancionar un mismo derecho.

No obstante, varias denominaciones tradicionales han sido conservadas por la ley: ***denuncia de obra nueva*** (art. 1 § 5 del C. de Pr. Civil), ***redhibitoria*** (art. 1638 del C. Civil). Otras han sido mantenidas por la práctica: ***pauliana, confesorio, negatoria,*** etc. También se han atribuido, por comodidad técnica, nombres especiales a numerosas acciones, en razón de su objeto: en ***nulidad, rescisión, resolución, reducción.***

CAPITULO II - ACCIONES PERSONALES, REALES, MIXTAS

Acciones personales. La acción personal es la que protege un derecho personal u obligacional, y su ejercicio procede cuando existe entre demandante y demandado una relación de obligación, sea cual sea su fuente: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley.

Siendo ilimitado el número de los derechos personales, o de crédito, puesto que no tiene límites la facultad de crear obligaciones con tal que no sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres, es imposible enumerar todas las acciones personales. Por esa misma razón las acciones personales no llevan legalmente nombres especiales, como ocurría

en el derecho romano; pero algunas han conservado sus nombres tradicionales.

Los principales tipos de acciones personales son la acción tendiente a obtener el pago de cosas fungibles; la acción para hacer valer un derecho de crédito en dinero; las acciones en nulidad o en resolución de un acto productivo de obligaciones.

Acciones reales. Las acciones reales son las que protegen un derecho real, mobiliario o inmobiliario.

Hay que notar que, siendo de orden público las normas que regulan la organización de la propiedad inmueble, no existen otros derechos reales inmobiliarios que los expresamente reconocidos por la ley. Por consiguiente, el número de acciones reales inmobiliarias es asimismo limitado.

Casi todas las acciones reales llevan nombres particulares.

Son acciones reales: la acción en reivindicación, que protege el derecho de propiedad, sobre un mueble o un inmueble, y que sirve de tipo a las demás; la acción confesoria, por medio de la cual el demandante pretende que tiene derecho a una servidumbre, personal o real; la acción negatoria, en que se pretende que un inmueble no está gravado con una servidumbre, lo que equivale a una acción en reivindicación reducida en su extensión; la acción posesoria, en que el demandante pide que se le mantenga o se le reintegre en el ejercicio de su posesión; las acciones que garantizan los derechos reales de prenda, privilegio e hipoteca.

Aciones in rem, in personam. Para determinar si una acción es personal o real es preciso comprobar previamente si existe o no existe una relación de obligación entre el demandante y el demandado: la acción es personal en el primer caso, real en el segundo.

La distinción establecida en el derecho moderno entre acciones personales y reales no tiene el mismo sentido ni el mismo fundamento que tenían en el derecho romano los términos ***actio in personam, actio in rem*** (65) En el procedimien-

(65) Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, I, 1, l.v.

to formulario esas denominaciones se debían no auna oposición entre derechos personales y reales, sino más bien al contenido de la ***intentio,*** parte de fórmula en que se daba a conocer la pretensión del demandante, que, por regla general[66], era redactada ***in rem,*** o sea sin indicación del demandado, cuando el demandante reclamaba un derecho de propiedad u otro derecho real, ***in personam,*** con indicación del nombre del demandando, cuando el demandante invocaba un derecho de crédito.

En nuestro derecho la demanda en justicia debe indicar siempre el nombre del demandado, sea cual sea la naturaleza del derecho reclamado: es uno de los elementos esenciales de la demanda. Pero en la reclamación incoada ante el T. de T. la indicación del nombre del demandado, como tal, es sustituida con la mención de los nombres de los ***reclamantes contrarios*** (art. 66 de la L. de R. de T.) que fueren conocidos por el reclamante, lo que produce el mismo efecto que la indicación del demandado.

Acciones no reales ni personales. La clasificación de los derechos en personales y reales no los comprende a todos. Quedan fuera de ella los derechos llamados intelectuales (de propiedad artística, literaria, etc.), y los derechos extrapatrimoniales, como, por ej. los derechos de familia.

Se ajusta mejor a la realidad la clasificación de los derechos en absolutos, o sea aquellos que pueden ser opuestos a todo el mundo: derechos reales, derechos de familia, derechos inherentes a la personalidad, derechos intelectuales y relativos, que no existen sino respecto de una personadeterminada, categoría ésta que comprende únicamente los derechos personales o de crédito.

Se hallan por consiguiente fuera de la presente clasificación las acciones que protegen los derechos absolutos que no

(66) El nombre del demando se menciona en las formulas de las acciones prohibitorias y negatorias, y en algunas fórmulas de acción confesoria, que eran in rem, y no en la acción metus, que era in personam (Girard, Manuel elémentaire de Droit Romain, 8a. ed„ 1081, n. 2).

(67) Colin y Capitant, Cours, 4a. ed„ I, 101.

son al mismo tiempo derechos reales, como, por ej., las relativas al estado.

Acciones mixtas. Siendo los derechos, con las reservasexpuestas, reales o personales, todas las acciones deberían ser igualmente reales o personales.

Sin embargo la ley reconoce, art. 59 del C. de Pr. Civil, 45 de la L. de O. J. una tercera clase, las ***acciones mixtas,*** siguiendo con ello la doctrina de los antiguos jurisconsultos franceses[68] quienes, a su vez, parece que se inspiraron irreflexivamente en algunos pasajes de la ***instituto*** de Justiniano.[69]

Hay acción mixta, o, mejor dicho, demanda o materia mixta, como lo dice el art. 59 del C. de Pr. Civil, cuando se hacen valer simultáneamente un derecho real y un derecho personal, tan íntimamente ligados que la decisión que se dicte respecto del derecho personal "tendrá por efecto virtual resolver la cuestión de la existencia del derecho real[70]?

Conforme a esta definición se admite generalmente que hay dos grupos de acciones mixtas:

la. Son mixtas las acciones que tienden a obtener la ejecución de un acto jurídico por medio del cual se ha transferido o constituido un derecho real inmobiliario sobre inmuebles no registrados, como por ej., la acción del comprador o del donatario en entrega del inmueble. En estas acciones existe un elemento personal, la ejecución de las obligaciones del vendedor o el donante, y un elemento real, que tiende a hacer reconocer el derecho real de propiedad en favor del comprador o del donatario.

(68) L. Josserand, Cours de Droit Civil, 3a. ed., I, 105 *y* s.; Colin y Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil, 4a. ed., 101 y s.; Glasson, Précis de Procedure Civile, 2a„ ed., I, 238.

(69) IV, VI (De actionibus), 20: "Ciertas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto real, como personal". Mencionaluego como mixtas las tres acciones divisorias: familiae erciscundae (partición de herencia). Communi dividundo (partición de una cosa común), finium regundorum (limitación de campos colindantes).

(70) Casación francesa, 6 de julio de 1925 (Sirey y Pand. Pr. 1925,1, 159; Da11óz Periodique, 1926, I, 25(, en que adopta la fórmula propuesta por Aubry y Rau (Cours de Droit Civil Flaneáis, 5a. ed., XII, 746).

2a. Son mixtas las acciones que tienden a recobrar un inmueble no registrado obteniendo la revocación, la rescisión, la anulación o la resolución de un acto jurídico traslativo del derecho de propiedad o constitutivo de otro derecho real inmobiliario, como, por ej., la demanda del vendedor en resolución de la venta por causa de falta de pago del precio. En este caso,lo mismo que en las acciones del primer grupo, la demanda contiene un elemento de carácter personal, el derecho de obtener la resolución, revocación, anulación o rescisión del contrato, y un elemento real, el derecho de obtener el retorno del derecho de propiedad al vendedor.

Acciones de carácter controvertido. La doctrina y la jurisprudencia vacilan a veces al determinar si las siguientes acciones son reales, personales o mixtas:

Nulidad, rescisión, resolución, revocación. Se admite que son personales, menos en los casos anteriormente indicados en que, por tratarse de demandas en que se reclama simultáneamente un derecho personal y un derecho real inmobiliario, deben ser consideradas mixtas.

Amojonamiento, acotación, deslinde o apeo (art. 646del Código Civil, 1 § 10o y 3-2o del C. de Pr. Civil). La consideran como acción real los que ven en ella el ejercicio de una servidumbre establecida por el art. 646 del C. Civil, en razón de la situación de las fincas. Otros, por el contrario, admiten que es personal, porque se trata de constreñir al cumplimiento de una obligación legal. También esta opinión invoca el texto del art. 646 del C. Civil. En fiq, de acuerdo con una tercera opinión, se trata de una acción mixta, porque el demandante reclama una parte de su cosa (aspecto real), al mismo tiempo qu el vecino se halla obligado a contribuir ala operación (aspecto personal). La controversia carece de interés práctico, en razón délas disposiciones de los arts. 1 § 10o y 3-2 delC. de Pr. Civil, que establecen reglas especiales de competencia para el ejercicio de esta acción.

Partición. Se ha pretendido que es una acción real porque tiende a transformar un derecho de copropiedad sobre

una parte indivisa de los bienes en un derecho de propiedad sobre una parte individualizada de los mismos: pero ha prevalecido la opinión de que se trata de una acción personal, porque su fuente, la indivisión, engendra a cargo de los copropietarios la obligación de proceder a la partición cuando es pedida por uno de ellos.

Pauliana o revocatoria (art. 1167 del C. Civil). No es una acción real porque no garantiza un derecho real (propiedad, servidumbre o hipoteca) del demandante, sino el derecho general de prenda de los acreeedores (art. 2082 del C. Civil). Es, pues, una acción personal[71]

Inutilidad procesal de la acción mixta. La distinción entre acciones reales ypersonales resultade la propianaturaleza de las cosas; por el contrario la acción mixta tiene un marcado carácter artificioso e inexacto, y carece de utilidad práctica la construcción jurídica que la consagra como categoría especial.

Las que se llaman acciones mixtas no son en realidad sino la yuxtaposición de una acción real y una acción personal, íntimamente ligados la una con la otra, por un lazo de conexidad, ejercidas por medio de una única demanda en justicia[72], podría, pues, ser suprimida sin inconveniente alguno.

CAPITULO III - ACCIONES MOBILIARIAS, INMOBILIARIAS

Objeto respectivo. La clasificación de las acciones mobiliarias e inmobiliarias se funda en la naturaleza mobiliaria o

f(71) Baudry-Lacantinerie y Barde, Des Obligations, 3a. ed., 707.

(7 2) Algunos autores, Aubry y Rau entre ellos, han negado la existencia de las acciones mixtas, afirmando que sólo hay materias mixtas (arg. del Art. 59). A partir de la 4a. ed., abandonaron la negativa (v. Cours de Droit Civil Française, 5a. éd., XII 746). H. Solus y R. Pierrot, Droit Judiciaire Privé, sostienen asimismo que el legislador en el Art. 59 no ha cometido yerro al usar el témimo "materia" mixta, y no acción mixta. Ha sido la jurisprudencia y la doctrina que han adoptado esta terminología defectuosa. Esta ficción se evidencia más en el caso de la acción en resolución de la venta. El demandante, vendedor de un inmueble es titular de dos acciones, una personal y otra real, que se suceden en el tiempo pero que no coexisten. Tanto es así, que en ocasiones el demandante ejerce las acciones de que es titular separada y sucesivamente.

inmobiliaria del objeto de la demanda. La división de las acciones en personales y reales se funda en la naturaleza personal o real del derecho garantizado.

El C. Civil contiene, art. 526 y 529, una distribución general >de los derechos y cosas que componen el patrimonio en dos categorías: muebles o inmuebles; de donde resulta que cuando el derecho o la cosa que la acción tiende a obtener es un mueble, la acción es ¡nobiliaria, y es inmobiliaria cuando el derecho o la cosa es un inmueble.

Diferencias de tratamiento. Desde varios puntos de vista es importante precisar si una acción es mobiliaria o inmobiliaria[71].

1 a. El ejercicio de las acciones ¡nobiliarias entra generalmente en la categoría de los actos de administración; por el contrario, las acciones inmobiliarias son asimiladas, en principio, a los actos de disposición, o, por lo menos, se les considera de consecuencias más graves para el patrimonio. De ahí que el tutor, que puede intentar sólo las acciones mobiliarias, necesita en cambio la autorización del consejo de familia para intentar las acciones inmobiliarias (art. 464 del C. Civil); asimismo, el menor emancipado no puede intentarías acciones inmobiliarias sin la asistencia de su curador (art. 382 del C. Civil). Por otra parte, solamente las acciones mobiliarias de los esposos, entran en la comunidad; sin embargo, también entran en la comunidad las acciones posesorias, aunque son inmobiliarias (art. 1428 del C. Civil).

2a. El J. de Primera instancia tiene competencia ***ratione materiae*** para conocer de las acciones inmobiliarias, sean personales o reales (art. 59 del C. de Pr. Civil, 45 de la L. de O. J., mod. por la L. 845 de 1978), con excepción de las acciones posesorias (art. 23 y 2.); por el contrario, muchas de las acciones mobiliarias, reales o personales, son de la competencia del j. de paz (art. 1, mod. por la L. 845 de 1978), y otras son atribuidas al j. de primera instancia, con o sin apelación, bien sea en razón de su cuantía, cuando el valor excede de

(71). Glasson, Précis de Procedure Civile, 2a. I, 240.

1,000 pesos, bien sea en razón de su naturaleza, cuando la contestación es de carácter comercial (ar. t 631 y s. delC. de Comercio, mod. por la L. 845 de 1978).

3o. El tribunal competente ***ratione^personae-p'dm*** conocer de las acciones mobiliarias, personales o reales, es el del domicilio del demandado; por el contrario, las acciones reales inmobiliarias deben ser intentadas ante el tribunal de la situación del inmueble litigioso, y si son mixtas, pueden serlo ante el tribunal de la situación del inmueble o el del domicilio del demandado, a opción del demandante (art. 59).

4o. Desde el momento en que se da comienzo a una mensura catastral, los tribunales ordinarios (juzgado de primera instancia y corte de apelación) cesan de ser competentes para decidir respecto a cualquier acción personal inmobiliaria o real inmobiliaria que fuere intentada o que estuviere pendiente de fallo. A partir de ese momento, el **T.** de T. es la única jurisdicción competente para decidir sobre ellas (art. 269 de la L. de R. de T.).

Acciones no mobiliarias ni inmobiliarias. Lo mismo que la clasificación en reales y personales, tampoco es comprensiva la clasificación de las acciones en mobiliarias e inmobiliarias.

Quedan fuera de esta clasificación las acciones relativas al estado de las personas y a los derechos de familia, porque con ellas no se reclama ni un objeto mobiliario ni un inmueble, sino el reconocimiento o el establecimiento de una sitúación jurídica de carácter extrapatrimonial .

Desde el punto de vista de la competencia , sin embargo estas acciones son asimiladas a las acciones personales mobiliarias: son intentadas ante el tribunal del domicilio del demandado.

(72) Glasson y Tissier, Tiaité, I, 195.

CAPITULO IV - ACCIONES PERSONALES MOBILIARIAS, REALES MOBILIARIAS, PERSONALES INMOBILIARIAS, REALES INMOBILIARIAS

Combinación de términos. Con relación a las formas del procedimiento y a las reglas de la competencia, es preciso asociar los términos que integran las clasificaciones de la acción en justicia en ***personales, y reales, mobiliarias e inmobiliarias,*** para hacer notar en primer término, que tanto las acciones ***mobiliarias*** como las ***inmobiliarias*** pueden ser ***personales o reales,*** y en segundo término, para destacarla especial importancia que tienen las acciones ***reales y mixtas inmobiliarias.***

Acciones personales mobiliarias. Son personales mobiliarias las acciones fundadas en un derecho de crédito resultante de un acto en que el deudor se obligó a pagar dinero o cosas fungibles: del vendedor en pago del precio, del locador o el arrendador en pago del alquiler o el arrendamiento, del comprador de cosas de género en entrega de ellas, etc.

Son también personales mobiliarias las acciones que se fundan en una obligación de hacer o de no hacer, porque su inejecución da origen a un crédito de indemnización, que generalmente se evalúa en dinero, como reparación del perjuicio sufrido por el acreedor.

Acciones reales mobiliarias. A pesar de la regla: ***En materia de muebles la posesión vale título,*** enunciada por el art. 2279 del C. Civil, es frecuente encontrar acciones reales mobiliarias, especialmente la reivindicación de **un** mueble determinado: la ley, en efecto, protege solamente al poseedor de buena fe, y aún permite la reivindicación contra él, en caso de pérdida o robo, durante tres años. Además, son reales mobiliarias las acciones fundadas en un derecho de usufructo o de prenda constituido sobre un mueble.

Acciones personales inmobiliarias. Las acciones personales inmobiliarias no tienen mayor importancia, a causa de que, en nuestro derecho común, de acuerdo con el principio

enunciado por el art.l 138 delC.Civil, el simple consentimiento de las partes basta para transferir, modificar o constituir un derecho real inmobiliario. Por consiguiente, es real inmobiliaria la acción que se funda en un acto traslativo o constitutivo de uno de esos derechos.

Por el contrario, la acción es personal inmobiliaria, por ej., en los casos en que el demandante se pretende, no propietario de un inmueble, sino simplemente acreedor de su entrega, contra un demandado que no ha podido o querido trasmitirle el derecho de propiedad, sino que meramente se ha obligado a trasmitirlo. Asi, son personales inmobiliarias: la acción del comprador en entrega de una porción de terreno a tomar dentro de una extensión más grande, cuando la porción vendida no ha sido deslindada o de otro modo individualizada; la acción del comprador en el caso de que el acto de venta haya retrocedido la adquisición del derecho de propiedad para una época posterior.

Acciones reales inmobiliarias. Son evidentemente reales inmobiliarias: la acción en reivindicación de un inmueble; la acción tendiente a establecer la existencia o la inexistencia de un usufructo u otra servidumbre; la acción hipotecaria, puesto que la hipoteca es un derecho real inmobiliario.

Confusiones en la terminología. Para los antiguos jurisconsultos franceses eran sinónimos los términos *real* e ***inmobiliaria,*** de donde llamaron ***embargo real*** al que se practica sobre inmueble, designado con más exactitud ***embargo inmobiliario*** por el C. de Pr. Civil (art. 673 y s.).

Además, en la época que siguió a la codificación francesa se pensó, erróneamente, que no existían acciones personales inmobiliarias, a causa de que, de acuerdo con el principio admitido por el art. 1138 del C. Civil, la propiedad y los demás derechos reales se crean y transmiten por efecto del mero consentimiento de las partes. Se creyó igualmente que el principio enunciado en el art. 2279 del C. Civil hacía imposible la existencia de acciones reales mobiliarias.

De ahí se ha originado una imprecisión en la práctica y en el lenguaje de la ley, que confunden ***acción personal*** con

acción mobiliario, acción rea/con ***acción inmobiliaria,*** no obstante pertenecer esos términos a dos clasificaciones distintas, basada la una en el carácter personal o real del derecho pretendido, la otra en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de la cosa o el derecho reclamado.

El error se manifiesta claramente en varios textos delC. del Pr. Civil: los arts. 1 párrafo capital y 2 establecen la competencia del j. de paz par ciertas acciones ***puramente personales o mobiliarias;*** el art. 59 habla de la competencia en ***materia real;*** para atribuirla al tribunal en cuya jurisdicción radique el objeto litigioso, lo que solamente es aplicable a los inmuebles, únicos objetos que tienen una situación fija.

Acciones reales y mixtas inmobiliarias. Estas acciones constituyen, en virtud de numerosas disposiciones de la ley, una categoría netamente diferenciada de las acciones personales mobiliarias, reales mobiliarias y personales inmobiliarias. Desde varios importantes puntos de vista, en efecto, conviene saber exactamente en qué casos la acción es real inmobiliaria o mixta inmobiliaria.

1o. El tribunal que tiene competencia territorial para conocer de la demanda en materia-rea/ ***inmobiliaria es*** el de la situación del objeto litigioso (art. 2 y 59); por el contrario, si se trata de una acción ***personal o real mobiliaria*** el tribunal competente es, generalmente, el del domicilio del demandado (art. 2 y 59).

2o. En materia ***mixta inmobiliaria*** la demanda puede ser incoada, a opción del demandante, ante el tribunal de la situación del objeto litigioso o ante el tribunal del domicilio de demandado.

3o. Solamente el j. de primera instancia tiene competencia de atribución o ***ratione materiae*** para conocer de las acciones ***reales inmobiliarias petitorias*** (Art. 45-1 de la L. de O. J. mod., por la L. 845 de 1978); por el contrario, las acciones reales inmobiliarias, posesorias, deben ser intentadas ante el j. de paz (Art. 1 § 5o, mod. por la ley señalada). Pero las acciones personales mobibliarias tienen que ser llevadas ante el j: de primera instancia (arg. del Art. 45 de la L. de O. J.).

4o. Cuando se trata de acciones reales o mixtas inmobiliarias el acto de emplazamiento debe contener ciertas énunciaciones relativas al objeto de la demanda (art. 64); naturaleza y situación del inmueble (municipio, sección, lugar y colindancias, si es rural); ciudad, villa o poblado, número de la casa, si lo tiene, y la calle, si es urbano).

5o. La ***inspección o visita de lugares*** (art. 30, 295 y s.) es un modo de prueba especial para los litigios relativos a derechos reales inmobiliarias:

Acciones de contenido complejo. En algunos casos puede vacilarse acerca de si la acción es personal, real mobiliaria o real inmobiliaria:

1o. La demanda fundada en una obligación alternativa de entregar una suma de dinero o un mueble, una suma de dinero o un inmueble, un mueble o un inmueble, presenta un carácter indeterminado en relación a la naturaleza del derecho (real o personal) tanto si la elección pertenece al deudor como si pertenece al acreedor en virtud de una estipulación expresa (art. 1190 del C. Civil). En el primer caso la naturaleza personal, real mobiliaria o real inmobiliaria de la acción resultará de la elección hecha por el deudor después que el acreedor lo haya intimado a elegir. En el segundo casó la acción es personal, real mobiliaria o real inmobiliaria según el objeto escogido por el acreedor al incoar-la demanda.

2o. La acción con que se reclama a la vez un inmueble y uno o varios muebles, como la que se ejercita con una demanda tendiente a la entrega de una casa amueblada, es en realidad una acumulación de dos acciones, una real mobiliaria y otra real inmobiliaria. En la práctica se hace predominar la regla de competencia que rige la acción real inmobiliaria, porque los inmuebles se consideran más importantes que los muebles, por lo que éstos forman el accesorio de aquellos[73].

(73) Esta concepción es desde luego muy discutible actualmente.

CAPITULO V - ACCIONES PETITORIAS, POSESORIAS
SECCION I - GENERALIDADES

Diferencias entre unas y **otras**[74] Las acciones reales inmobiliarias son petitorias o posesorias. Con la acción petitoria se persigue el reconocimiento del derecho de propiedad **o** de otro derecho real inmobiliario (servidumbre, etc.); **con** la acción posesoria se busca solamente la protección de la **posesión**.

En materia real mobiliaria no existe protección posesoria. En caso de turbación o desposesión es preciso ejercer la acción petitoria.

La posesión no es un derecho, sino un simple estado de hecho[75], pero el derecho objetivo concede al poseedor el derecho de ejercer una acción de carácter preventivo para conservar a recuperar su posesión [76]?

No es preciso tratar particularmente de las acciones petitorias, porque se hallan regidas por los principios generales; por el contrario es indispensable exponer de modo especial las reglas particulares a que se halla sometido el ejercicio de las acciones posesorias.

Posesión y **detentación.** Hay que distinguir entre el ***poseedor,*** que es la persona que tiene una cosa o un derecho a su entera disposición, conduciéndose como verdadero propietario de la cosa o como verdadero titular del derecho, y el simple detentador, como el locatario, el mandatario, el depositario, quienes, aunque tienen la cosa o el derecho en su poder, reconocen que pertenece otro.

(74) H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Piivé, Tomo I, p. 139, y s,; Jean Vincent, Procedure Civile, pág. 73 y s.

(75) Planiol y Rippert, Traité Platique de Droit Civil, III, 143 y s.; Colin y Capitant, Cours de Droit Civil, 4a. ed., I, 1390 y s. En sentido contrario; Glasson, Precis de Procedure Civile, 2a., ed., I, 421; Glasson, Precis de Procedure Civile, 2a, ed., I, 421; Glasson y Tisssier, Traité, I, 197; H. Solu» y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo I, p. 139 y s.

(76) Este es uno de los casos en que laacicón protege una situación jurídica que no es un derecho subjetivo.

Las acciones posesorias de nuestro derecho son en principio concedidas únicamente al poseedor (art. 23 del C. de Pr, Civil), y rehusadas al simple detentador, reserva hecha de la reíntegrarida.

Justificación. La existencia de las acciones posesorias se puede justificar en nuestro derecho común por razones de indiscutible utilidad y evidente conveniencia[77]

Con la acción posesoria se protege casi siempre al verdadero propietario, porque generalmente él es quien posee. La acción posesoria le permite defender o recuperar su posesión por medio de un procedimiento sencillo, rápido y económico, en el que la única prueba que tiene que hacer es la del hecho de posesión. Si, por el contrario, se le obligara a ejercer la acción petitoria, que es un procedimiento más lento, complicado y costoso, tendría que probar su derecho de propiedad, de servidumbre, etc., lo que puede ser difícil en algunas ocasiones.

Si el poseedor triunfa en lo posesorio tendrá luego la ventaja de ocupar la posición de demandado en el litigio sobre lo petitorio, lo que le eximirá de la obligación de probar su derecho sobre el inmueble.

Aunque excepcionalmente puede ocurrir que el poseedor que se beneficia de la protección posesoria sea un usurpador, este inconveniente es transitorio, ya que al verdadero titular del derecho le queda abierto el camino de la acción petitoria.

Además, en todas las hipótesis las acciones posesorias se justifican por razones de conveniencia y de utilidad social, ya que, al proteger ciertas situaciones de hecho estables, se impide que los particulares recurran a la violencia para defender sus intereses.

Derechos inmobiliarios registrados. El régimen de la protección posesoria se halla íntimamente ligado a uno de los principios fundamentales de nuestro derecho civil común, que la propiedad y algunos otros derechos reales inmobilia-

(77) Colín y Capitant, Cours de Droit Civil, 4a. ed„ % 996.

rios se adquieren por efecto de la usucapión o prescripción adquisitiva (Art. 712, 2228 y s. del C. Civil).

Por el contrario, en el sistema establecido para el régimen de la propiedad inmueble por la L. de R. de T. se excluye expresamente, art. 175, la usucapión de entre los medios de adquirir la propiedad u otro derecho real inmobiliario sobre terrenos *registrados,* o sea, respecto de aquellos cuyo titulo se halla en el registro de títulos, como resultado final de un proceso de saneamiento instruido por el T. de T. Corolario de esto es que las acciones posesorias no pueden tener por objeto bienes o derechos registrados.

Evolución histórica. Las numerosas dificultades que presenta el estudio de las acciones posesorias se debe a que sus reglas fundamentales se han formado mediante la fusión lenta y progresiva de principios, aveces contradictorios, que vienen del-derecho romano, del derecho consuetudinario francés, y del derecho canónico.

Derecho romano[78]. El derecho pretoriano distinguió netamente lo petitorio de lo posesorio, tanto para los muebles como para los inmuebles, garantizando la posesión por medio de los interdictos posesorios. Respecto de los inmuebles, el poseedor era protegido contraías turbaciones por medio del interdicto *utipossidetis,* si su posesión no era ni violenta, ni clandestina, ni precaria *(nec vi, nec clam, nec precario).* Contra una desposesión violenta se le concedía el interdicto *unde vi.* Ambos interdictos protegíanla posesión actual, sea cual fuera su duración. Por el contrario, en el interdicto *utrubi,* que protegíala posesión de los muebles, triunfaba el litigante que había poseído durante más largo tiempo en el año que precedía a la entrega del interdicto.

Antiguo derecho francés y derecho canónico[79]. En la Edad Media existían tres acciones posesorias: la. La *reintegrando* era dada para hacerse devolver la posesión arrebatada

(78) Girard, Manuel de Dioit Romain, 8a. ed„ 299 y s.

(79) Glasson y Tissier, Tiaité, I, 198; Raviart, Tiaité des actíons posse, soires et du bomage, 5a. ed., II y s.; Garsonnet y Cézar-Biu, Traité, I, 406 y s.

con violencia, sea cual sea el tiempo que hubiera durado. Esta acción se originó en el derecho canónico para permitir a los obispos perseguidos en lo criminal, y desposeídos de sus sedes antes de la sentencia, sustraerse a la acusación hasta que fueran repuestos en la posesión de sus derechos episcopales: *spoliatus ante omnia restituendes,* principio que exigía que la victima de una expoliación fuera previamente restituida antes del examen de toda otra cuestión, sea que la violencia hubiera sido empleada contra una persona, o contra un mueble o un inmueble, y sin distinguir si el expoliado era un poseedor o un simple detentador. 2a. La *querella posesoria (complainte)* era la que se intentaba para hacerse mantener en la posesión perturbada, siempre que hubiera durado un año y un día. Esta acción se originó en el derecho germánico, en que la posesión y aun la propiedad se adquirían al cabo de un año y un día. 3a. La *denuncia de obra nueva,* dada en caso de turbación indirecta. En el derecho romano éste era un acto extrajudicial de carácter petitorio, por el que una persona intimaba a un vecino la suspensión de trabajos que había comenzado sobre su propio fundo, sosteniendo que perjudicaban un derecho de propiedad o de servidumbre. Una errónea interpretación de su significado en el derecho romano indujo a algunos a considerarlo como acción posesoria.

A partir del siglo XVI tiende a borrarse la distinción entre las diversas acciones posesorias, confundiéndose en una sola la querella y la denuncia de obra nueva. El campo de aplicación de una y otra no llegó nunca a ser claramente fijado. Sin embargo, la reintegranda conservó su función de servir para recuperar la posesión arrebatada con violencia. Por el contrario, la querella se aplicaba a hacer cesarla simple turbación. Por otra parte ya entonces empieza a manifestarse la tendencia, consagrada más tarde por la Ordenanza de 1667, a someter todas las acciones posesorias a idénticas condiciones de ejercicio, requiriéndoseparala reintegranda lo mismo que para la querella posesoria la posesión de un año y un día, rehusándola al simple detentador.

Legislación. Las acciones posesorias se hallan regidas:

por el art. 1 § 5 o. del C. de Pr. Civil, que atribuye competencia al juzgado de paz para juzgarlas a cargo de apelación; por el art. 3-2o del C. de Pr. Civil, que determina que la demanda posesoria se intentará ante el juzgado de paz del lugar en que radique el inmueble litigioso; por los art. 23 y s. del C. de Pr. Civil, que contienen las reglas de fondo para el ejercicio de las acciones posesorias; por los art. 254 y s. de la L. de R. de T., que establecen reglas especiales para el ejercicio de las acciones posesorias respecto de los terrenos que se hallan bajo mensura catastral o en curso de saneamiento; por el art. 2062-1 o del C. Civil, que pronuncia el apremio corporal para la ejecución de la sentencia que estatuye sobre una reintegranda.

Esta reglamentación es, en primer lugar, inexacta sobre algunos puntos, porque no determina claramente cuántas y cuáles son las acciones posesorias: así, el art. 1 § 5o. habla de la denuncia de obra nueva, la querella, la reintegranda y demás interdictos posesorios dando con ello a entender que además de esos tres hay otros, lo que generalmente se considera como falso; en segundo lugar es imprecisa, porque no determina expresamente todas las condiciones que debe reunir la posesión protegida por las acciones posesorias, debiendo ser completado el art. 23 del C. de Pr. Civil en lo que respecta a la querella y a la denuncia de obranueva, por la disposición del art. 2229 del C. Civil; en tercer lugar es insostenible en la práctica, porque trata de abarcar indistintamente dentro de sus reglas a la querella, la denuncia de obra nueva y la reintegranda, conforme a la opinión predominante en la última etapa del antiguo derecho francés, lo que ha conducido a la formación de un sistema jurisprudencial que se ha sustituido al sentido aparente de la ley, sistema que trata la reintegranda como una acción sometida a condiciones distintas de las de la querella y la denuncia de nueva obra.

Cuántas y cuáles son. La imprecisión de algunos de los textos legales citados, de una parte, y la generalidad de los términos del art. 23 del C. de Pr. Civil, de la otra parte, han hecho pensar que no existe sino una sola acción posesoria,

sometida en todos los casos a las mismas condiciones de ejercicio[79].

Pero la mayoría admite que existen, como acciones distintas, la querella, la denuncia de obra nueva y la reintegranda, enumeradas en el art. 1 § 5o. del C. de Pr. Civil; pero que no existen otras, a pesar de que ese texto habla de otros interdictos[80].

SECCION II - CONDICIONES COMUNES DE EJERCICIO

Derechos cuyo ejercicio es protegido. En primer lugar, la acción posesoria es dada al que goza, en hecho, de la situación de propietario, esto es, al poseedor del derecho de propiedad, o, como se dice familiarmente, al poseedor de la propiedad.

Asimismo se halla protegido por las acciones posesorias el ejercicio de las servidumbres que pueden ser adquiridas por usurpación.

Tres clases de servidumbres reales son admitidas por el C. Civil (art. 637 y s.): las que se originan déla situación natural de los lugares; las que son impuestas por la ley; las que se derivan del hecho del hombre.

Se halla controvertido el carácter jurídico de las dos primeras clases de servidumbres: sostienen algunos autores que son más bien limitaciones legales del derecho del propietario de un fundo en provecho de otro[81].

En todo caso el que es turbado en el ejercicio de uno de esos derechos puede intentar o la denuncia de obra nueva, o la querella. Entre ellos se cuentan: el derecho del propietario del predio superior a que los inferiores reciban las aguas derivadas (art. 640 del C. Civil); el derecho de los propietarios rivereños de servirse de las aguas corrientes para regar sus fin-

(79) Glasson y Tissier, Traite, I, 198; 2a. ed., 101; Colin y Capitant, Cours de Droit Civil, 4a ed., I, 1000 y s.

(80) La grase puede interpretarse como signficando que cualquier atentado a una posesión jurídica puede ser sancionado en lo posesorio (Garsonnet, Précis de Procedure Civile, 9a. ed., 157, n. 2).

(81) Colin y Capitant, Cours de Droit Civil, 4a. ed., I, 743.

cas (art. 464 del C. Civil); el derecho de tránsito hacia la vía pública del propietario de una finca situada dentro de las otras (art. 682 del C. Civil).

Da origen igualmente a las acciones posesorias la posesión de las servidumbres reales *con tinuas y aparentes,* porque son adquiribles mediante una posesión *ad usucapianem* (art. 690 del C. Civil).

Por el contrario, no puede dar origen al ejercicio de las acciones posesorias la turbación en el goce y el ejercicio de las servidumbres *discontinuas, aparentes* o no *aparentes,* que no pueden ser adquiridas por prescripción a causa de que se presumen actos de simple tolerancia; pero es posible la acción posesoria cuando el demandante apoya la demanda en un título emanado del propietario demandado, porque el título hace cesar la presunción de tolerancia o de precariedad.

Estas acciones protegen también la posesión de las servidumbres personales: usufructo, uso, habitación.

Caraacteres de la posesión protegida. La posesión que puede servir de fundamento al ejercicio de las acciones posesorias debe ser: lo., *pacifica,* o sea exenta de violencia (Casación, 16 de junio de 1953, B. J. 515,p. 1023); 2o., *pública,* esto es, no clandestina, 3o., *continua* e *ininterrumpida* (Casación, 15 de diciembre de 1920, B. J. 125, p. 2).

Conviene recordar que para adquirir por usucapión un derecho real inmobiliario es indispensable, además, que la posesión sea *no equívoca* y *a título de propietario* (art. 2229 del C. Civil) pero éstos no son requisitos comunes al ejercicio de todas las acciones posesorias (Casación, 14 de diciembre de 1928, B. J. 221, p. 10), sino solamente a la querella y la denuncia de obra nueva.

Dominio público. Los bienes del dominio público, nacional, municipal y del Distrito Nacional, están fuera del comercio, y por ello no son susceptibles de una posesión en cuya virtud puedan ser adquiridos por usucapión >> *(82)*.

(82) M. de J. Troncoso de la Concha, Elementos de Derecho Administrativo, 3a ed., 95 y s.

Sin embargo es posible que, en hecho, o en virtud de una concesión, un particular se halle en el uso de una porción del dominio público. Para determinar si hay en este caso lugar al ejercicio de las acciones posesorias es preciso distinguir dos hipótesis:

1a. El que ocupa una porción del dominio público sin haber obtenido autorización no puede intentar las acciones posesorias para hacerse mantener en el goce de la porción detentada; pero se admite que puede intentar la reintegranda.

2a. Por el contrario, el que ha obtenido una concesión administrativa puede hacerse mantener, frente al particular que lo perturbe o lo despoje, en posesión de los derechos cuyo uso o goce le fueron concedidos, puesto que la posesión del concesionario no es viciosa respecto de los terceros sino tan sólo respecto del concedente.

Prescripción anual.[83] De acuerdo con los arts. § 5o. y 25 del C. de Pr. Civil las acciones posesorias deben ser intentadas dentro del año de la turbación o la desposesión.

La turbación o la desposesión constituyen, pues, el punto de partida de una corta prescripción. Al vencimiento del año el poseedor puede únicamente intentar acción petitoria, o la acción en reparación de los daños y peijuicios experimentados.

En caso de turbaciones sucesivas, se admite generalmente que el punto de partida del plazo es la fecha de la primera turbación: a partir de ésta, en efecto, la posesión ha dejado de ser pacífica, y la acción ha sido posible desde ese momento[84].

Cuando la turbación resulte directamente de obras o trabajos hechos por el demandado sobre la finca poseída por el demandante, el plazo se cuenta a partir del día en que comienzan los trabajos. Cuando resulte indirectamente de obras o trabajos hechos por el demandado sobre su propia finca, el plazo para el ejercicio de la acción comienza a correr a partir

(82) Glasson y Tissier, Traité, 207,

(83) Solus y Perrot, Droit Judiciairie Privé, Tomo I, p. 15 y s.

del día en que los trabajos estén lo bastante avanzados para que constituyan un atentado a la posesión del demandante.

Apreciación de los requisitos. La existencia de las condiciones requeridas por la ley para el ejercicio de las acciones posesorias es una cuestión de hecho, que los jueces del fondo aprecian soberanamente (Casación: 15 de diciembre de 1920, B. J. 125, p. 2; 29 de abril de 1938, B. J. 345, p. 287). Sin embargo, la S. C. de J. tiene poder para verificar si los jueces del fondo han deducido de los hechos comprobados sus exactas consecuencias jurídicas (Casación, 25 de marzo de 1928, B. J. 332, p. 116), y sí, además, la posesión alegada por el demandante reúne los requisitos exigidos por la ley (Casación, 28 de noviembre de 1938, B. J. 340, p. 770).

SECCION m - LA QUERELLA

Qué es. La querella es la acción dada al poseedor de un derecho real inmobiliario, propiedad o desmenbramiento de la propiedad, para hacer cesarla turbación inferida a su posesión. Es la más importante de las acciones posesorias. Requiere las siguientes condiciones: posesión *ad usucapionem,* posesión anual, turbación de la posesión.

Posesión ad usucapionem. La posesión del demandante debe ser continua y no interrumpida, pacífica, pública, inequívoca, a titulo de propietario, conforme al art. 2229 del C. Civil, que sobre este punto completa el art. 23 del C. de Pr. Civil (Casación, 29 de agosto de 1934, B. J. 289, p. 15). Esto quiere decir que debe reunir los mismos requisitos de la posesión necesaria para prescribir. La única diferencia entre ambas es la de su duración: al cabo de veinte años se adquiere el derecho de propiedad; al año se adquiere el derecho de ejercer los interdictos posesorios.*[84 bis)]

Posesión anual. La posesión que puede servir de fundamento a la querella posesoria debe tener una duración de por

(84) Respecto de los poderes de los juegos del fondo en la apreciación de los caracteres de la usucapión, v. Casación: agosto, 1966, B. J. 669, p. 1438; septiembre, 1966, B. J. 670, p. 1674.

lo menos un año antes de la turbación (Casación, 29 de agosto de 1934, B. J. 289 p. 15).

Conforme a lo que dispone el art. 2235 del C. Civil, el demandante que se halla en posesión del inmueble por haberlo adquirido a consecuencia de enajenación o sucesión, une a su posesión personal la de su causante.

El poseedor puede intentar la querella para hacer cesar la turbación de la posesión que ha conservado sin ejercer actos materiales de dominio, sino solamente con su mera intención de poseer[85].

En esta materia es aplicable el art. 2243 delC. Civil, que presume posesión intermedia del poseedor actual que pruebe haber poseído desde antiguamente.

Turbación. La turbación es cualquier atentado al ejercicio de la posesión del demandante. Puede ser *material o jurídica,* tan grave que constituya una desposesión, o simplemente eventual.

La turbación material se compone de dos elementos: lo. un hecho material, 2o. la intención de ejercer un derecho contrario al derecho que ejerce el demandante.

Para que la acción sea admisible no es necesario que de la turbación resulte un perjuicio.

La turbación material puede ser: *directa,* cuando resulta de actos materiales ejercidos por el demandado sobre el inmueble poseído por el demandante; *indirecta,* cuando resulta de actos, por ej., trabajos, hechos por el demandado sobre su propio inmueble, que obstaculizan el ejercicio de la posesión del demandante.

La turbación jurídica resulta de actos judiciales o extrajudiciales que implican una contradicción a la posesión del poseedor. La turbación resulta de un acto judicial, por ej., cuando un tercero demanda al poseedor en lo posesorio: esta demanda constituye una contradicción a la posesión, que autoriza al demandado no solamente a defenderse probando su posesión, sino también a ejercer, a su vez, la querella poseso-

( ) **Baudry-Lacantinerie y Tissif;r, De la prescripción, 3a ed., 228 y s.; Aubry y Ray, Cours de Droit Civil, 5a. ed., II, 187; Glasson y Tisssier, Traité, I, 199.**

ria a fin de hacerse mantener en posesión. Por el contrario, una demanda de carácter petitorio no es una turbación, puesto que implica el reconocimiento de la posesión del demandado.

Puesto que la simple turbación da origen al derecho de ejercer la querella, con mayor razón puede intentarse en caso de que el atentado sea una desposesión.

La turbación eventual es la que resulta de obras hechas en una finca vecina. Mientras la turbación que de ellas resulte sea simplemente eventual no puede ejercerse la querella, sino la *denuncia de obra nueva.*

Contra quién se ejerce. La querella se ejerce contra el autor de la turbación, o contra sus herederos y sucesores universales aun cuando él no hubiera actuado en su propio nombre sino en virtud de un contrato que le ligara aun tercero. Así, la querella puede ejercerse contra el locatario autor de la turbación.

La querella puede intentarse también contra la persona en cuyo nombre o en ejecución de cuyas órdenes fueron ejercidos los actos de turbación.

En caso de desposesión, se puede intentar la querella contra el detentador, por ej., el comprador del inmueble de que ha sido despojado el demandante, aunque el detentador sea de buena fe.

Decisión. La sentencia que declara recibible y bien fundada la querella debe tomar las medidas conducentes a mantener al demandante en su posesión: ordenará cesarla turbación; mandará reponer al demandante en su posesión si se le había desposeído; prescribirá el restablecimiento de los lugares a su estado primitivo; condenará al demandado a restituir frutos y a pagar indemnización por los peijuicios irrogados.

Si el demandante y el demandado justifican posesiones conciliables entre sí, por ejemplo de una zanja, de un patio o de otras dependencias de un mismo inmueble, el juez puede mantener a ambos en su posesión común o en sus posesiones distintas respectivas. Si ninguna de las partes puede probar posesión exclusiva, y si las posesiones son inconciliables, el

juez puede mandar a las partes que se provean en lo petitorio. Mientras tanto puede poner bajo secuestro el inmueble, o mantener en posesión a una de las partes hasta que la cuestión de la propiedad sea resuelta por la jurisdicción competente.

SECCION IV - DENUNCIA DÉ OBRA NUEVA

En qué consiste. La denuncia de obra nueva es la acción dada al poseedor de un derecho real inmobiliario, propiedad o servidumbre, para hacer ordenar la suspensión de trabajos emprendidos sobre una finca vecina que, sin causarle una turbación actual, la producirían si fuesen terminados. Ejemplo: el propietario de la finca sobre la cual ejerce el demandante una servidumbre de paso comienza la construcción de obras que, una vez terminadas, impedirían el tránsito a través de la finca.

Esta acción posesoria constituye una derogación al principio general de que el ejercicio de las acciones está subordinado a la prueba de un atentado en el goce de una situación jurídica, esto es, de un interés nato y actual, puesto que la lesión es aquí simplemente eventual. Es la acción posesoria que tiene más pronunciado carácter preventivo.

Condiciones de ejercicio. En cuanto a la posesión protegida, son exigidas para el ejercicio de esta acción las mismas condiciones que para la querella, o sean una posesión anual que reúna los requisitos de los art. 2229 del C. Civil y 23 del C. de Pr. Civil.

Por el contrario, no se exige una turbación actual; basta una turbación simplemente *eventual,* que resulte de trabajos emprendidos sobre una finca vecina, y que, si fueran terminados, producirían ciertamente una turbación a la posesión del demandante.

Cuando los trabajos han sido terminados, o cuando aun hallándose en curso de ejecución, causan una turbación actual a la posesión del demandante, la acción a ejercer es la querella.

Decisión.[86] La sentencia dictada sobre una acción en denuncia de obra nueva debe ordenar la inmediata suspensión de los trabajos hechos por el demandado; pero no puede ordenar su destrucción, puesto que el demandante no ha experimentado todavía un peijuicio.

SECCION V - REINTEGRANDA

En **qué** consiste.[87] La reintegranda es la acción dada al poseedor y aun al simple detentador de un derecho real inmobiliario, propiedad o servidumbre, cuando ha sido despojado con violencia o por vía de hecho, para recuperar la posesión o la detentación.

Condiciones para su ejercicio. En el sistema que predomina en doctrina y jurisprudencia, para su ejercicio se exigen solamente dos condiciones (Casación, 14 de diciembre de 1928, B. J. 221, p. 10).

1a. Se requiere la posesión o la detentación pacífica y pública, sea cual sea su duración: en consecuencia, la acción puede ser intentada no solamente por los poseedores *stricto sensu,,* sino también por los arrendatarios, locatarios, acreedores anticresistas, que son simples detentadores.

2a. Se requiere un hecho de desposesión con violencia o por vía de hecho, susceptible de perturbar la paz pública y de autorizar el ejercicio de la legítima defensa, aunque no constituya un delito penal; no basta, por consiguiente, una simple turbación, si el demandante fuera un poseedor propiamente dicho.

Carácter. Es controvertida la cuestión de saber si la reintegranda es propiamente una acción posesoria, o por el contrario una acción personal en reparación del daño causado por la violencia de que es víctima el demandante.

Predomina, especialmente en la jurisprudencia, la opi-

(86) Glasson y Tissier, Traité, L 204.

(87) Glasson y Tisssier, Traité, I, 206.

nión de que la reintegranda tiene un carácter puramente personal, puesto que tiende a obtener, por medio de la restitución del ejercicio del derecho arrebatado, la reparación del daño causado con el acto de violencia cometido por el demandado (Casación, lo. de septiembre de 1920, B. J. 122, p. 1.).

De acuerdo con otra opinión se admite que la reintegranda es efectivamente una acción posesoria, porque se ejerce, a diferencia de la acción personal ordinaria en reparación del perjuicio, no contra el demandado como autor del daño, sino en tanto que es autor de un hecho que implica desconocimiento de la situación jurídica de que goza el demandante. Es, pues, una acción posesoria *suigéneris,* en que se atribuye al término posesión un sentido lato que incluye la simple detentación.

Con ese alcance, la reintegranda se caracteriza como un remedio eficaz contra la violencia: evita que una persona despoje violentamente a otra, y , a favor del despojo, colocarse en la situación de poseedor, y por lo tanto en la de demandado en la querella o en la.acción petitoria,lo que obligaría al expoliado a suministrar la prueba de una posesión que reuniera los caracteres legales, o de su derecho de propiedad, según los casos.

Contra quién se ejerce. Conforme al sistema que predomina en la jurisprudencia, la reintegranda debe ser ejercida personalmente contra el autor de la desposesión, aun cuando haya obrado en nombre y en ejecución de la orden de un tercero, y no contra el tercero (Casación., lo. de septiembre de 1920, B. J. 122, p. 1), a menos que éste sea cómplice de la violencia.

Decisión. La sentencia que acoja la reintegranda debe ordenar la restitución inmediata al demandante del derecho de que fue despojado con violencia. Puede, además, condenarse al demandado a pagar al demandante las indemnizaciones que procedan como reparación del perjuicio ocasionado con la desposesión.

SECCION VI - LO PETITORIO EN RELACION A LO POSESORIO

Prohibición de acumular.[88] El art. 25 prohibe de **un** modo expreso involucrar o acumular lo petitorio con lo posesorio.

Este principio proviene del antiguo derecho francés, en que era más útil que ahora, porque entonces los mismos jueces conocían de lo petitorio y de lo posesorio, y el cúmulo constituía un evidente peligro.

Parece a primera vista que no existe ningún motivo para matener el principio en nuestro derecho, porque son jueces distintos, juzgado de paz y juzgado de primera instancia, quienes respectivamente conocen de los asuntos posesorios y petitorios. Por otra parte, se objeta contra el mantenimiento de la regla que, al descomponer la instancia en dos fases, posesoria y petitoria, complica el proceso y lo hace más costoso.

Sin embargo, el mantenimiento de la regla en nuestro derecho puede justificarse: 1 o., porque es de la mayor conveniencia atribuir el conocimiento de los asuntos posesorios a un juez muy al alcance de las partes, ante quien se emplea un procedimiento rápido, sencillo y económico, el de las acciones posesorias; 2o., porque facilita la defensa inmediata de la posesión por sí misma, impidiendo que el autor de la turbación o de la desposesión, prevaliéndose de argumentos fundados en el derecho de propiedad, retarde más de lo conveniente la satisfacción que debe obtener el demandante; 3o., porque en hecho, muy frecuentemente la solución dada a la cuestión posesoria pone prácticamente fin al litigio, en razón de que los derechos de las partes respecto de la propiedad no son suficientemente claros, ni están diáfanamente comprobados, lo que induce a la parte perdiente a acatar la sentencia dictada sobre lo petitorio.

La prohibición de acumular lo petitorio con lo posesorio va dirigida tanto al juez como a las partes.

(88) Jean Vincent, Procedure Civüe, 19a. ed., 1978, p. 76 y s.

La prohibición con respecto al juez. La regla que prohibe involucrar lo petitorio con lo posesorio exige, en primer lugar, que el juez que conoce de la acción posesoria funde su sentencia exclusivamente sobre los hechos constitutivos de la posesión, y no sobre el fondo del derecho (Casación: 28 de noviembre de 1919, B. J. 106, p. 5 Cas. francesa: Civ, 5 de noviembre, 1970, D. 1971; Civ. 20 de noviembre, 1973, D. 1974, I. R. 26; Civ. 23 de noviembre, 1976, D. 1977, I. R. 70); y, en segundo lugar, que el juez de lo petitorio, para decidir, se apoye únicamente en la comprobación de los derechos de las partes, y no sobre la mera posesión de esos derechos, salvo en el caso de que el demandante pretenda haber adquirido por usucapión.

Para saber si la acción es petitoria o posesoria el juez tiene que consultar las conclusiones del demandante: debe declararse incompetente cuando se le pida resolver una cuestión que interese al fondo, como, por ej., decidir que el demandante es propietario o usufructurario. El demandante puede rectificar o aclarar en audiencia las conclusiones contenidas en la citación, limitándolas a la cuestión posesoria.

Las conclusiones del demandado no modifican la naturaleza de la acción, aun cuando toquen cuestiones de fondo, como por ej., si el demandado pide el rechazamiento de la demanda alegando que es propietario.

Si el demandado forma una demanda reconvencional de carácter petitorio el juez debe declararse incompetente para decidir acerca de ella, y retener solamente el conocimiento de la demanda principal. No puede, por otra parte, remitir el asunto para ante el juzgado de primera instancia a fin de que conozca de ambas demandas, conforme a lo que dispone el art. 1 § 7, porque al hacerlo involucraría lo petitorio con lo posesorio.

Los interlocutorios. Como una consecuencia de la prohibición de acumular lo petitorio con lo posesorio, el art. 24 manda que la información testimonial que se ordene para establecer los hechos respecto de los cuales haya contradicción, no podrá tener por objeto el fondo del derecho. (Casación,

28 de mayo de 1920, B. J. 118, p. 13). Esta regla es igualmente aplicable, por identidad de razones, respecto de todo otro interlocutorio: visita de lugares, experticio, etc.

Apreciación de los títulos. Esta regla no quita enteramente al juez la facultad de apreciar los títulos invocados por partes; pero esta apreciación no puede hacerse desde el punto de vista del derecho de propiedad, sino simplemente con el fin de determinar si la posesión invocada reúne los requisitos exigidos por el art. 2229 del C. Civil (Casación: 20 de noviembre de 1916, B. J. 76, p. 4; 3 de septiembre de 1917. B. J. 86, p. 116; 18 de noviembre de 1929, B. J. 232, p. 20; 25 de abril de 1932, B. J. 261, p. 16; 30 de enero de 1935, B. J. 294, p. 16).

En los casos en que se trate de la posesión de un derecho que no puede establecerse sino p r medio de título, como una servidumbre negativa, o discontinua, el juez tiene no solamente la facultad, sino el deber de examinarlos títulos, que es la única manera de saber si la posesión es o no precaria.

La prohibición con respecto a las partes. El principio que vida acumular lo posesorio con lo petitorio va dirigido no solamente al juez sino también a las partes, y, , con respecto a las partes, produce efectos particulares según se trate del demandante o del demandado.

Actitud impuesta al demandante. De acuerdo con el art. 26 la prohibición significa, para el demandante, que si él quiere intentarla acción posesoria y la petitoria, debe decidirse previamente por la acción posesoria. Si demanda primero en lo petitorio se considera que renunció definitivamente a la vía posesoria, puesto que con la demanda reconoce la posesión del demandado. Pero la regla no es aplicable a la hipótesis de que en el curso de la instancia sobre lo petitorio sobrevengan nuevas turbaciones. En este caso puede el que demandó primero en lo petitorio ejercer una acción posesoria con motivo de esas turbaciones.

Es el hecho de emplazar ante el juzgado de primera ins-

tancia lo que priva al demandante del derecho de ejercer la acción posesoria.

Actitud impuesta al demandado. El art. 27 aplica la regla al demandado prohibiéndole intentar contra el demandante la acción petitoria hasta después que el proceso acerca de lo posesorio haya terminado. Pero el demandado en lo petitorio puede accionar en lo posesorio al demandante aun cuando los atentados a su posesión sean anteriores a la demanda petitoria, puesto que no puede considerarse que él renuncia a la vía posesoria por el hecho de sufrir la acción petitoria.

Ejecución de la sentencia posesoria. El mismo art. 27 manda, como aplicación del principio, que el demandado que haya sucumbido en lo posesorio no ejerza la acción petitoria sino después que cumpla todas las condenaciones que le hayan sido impuestas por la sentencia intervenida, sobre lo posesorio.

En caso de que la sentencia posesoria condene al demandado a pagar una indemnización por daños y perjuicios, y el demandante no los liquide oportunamente, el demandado puede obtener que el juez fije al demandante un plazo para que haga esa liquidación, pasado el cual podrá incoar la acción petitoria.

La ejecución previa de las condenaciones posesorias antes de demandar en lo petitorio tiene que ser hecha aun por el demandado que haya incoado con éxito una demanda reconvencional en lo posesorio, aunque el demandante no ejecute, en lo que le concierne, las condenaciones que le fueron impuestas frente a dicho demandado.

SECCION vn
INMUEBLES EN CURSO DE SANEAMIENTO

Hasta cuándo pueden intentarse. Conforme el art. 254 de la L. de R. de T. las acciones posesorias que interesan a terrenos en que se está efectuando una mensura catastral o que se encuentren en curso de saneamiento son recibibles mientras no intervenga sentencia final del T. S. de T. que estatuya

definitivámente sobre el fondo de los derechos invocados pór los reclamantes (Casación, 30 de enero de 1935, B. J. 294, p. 16).

A partir de la decisión final del T. S. de T. el terreno se halla definitivamente saneado, y cesa respecto del mismo toda posibilidad de litigio posesorio, a menos que esa decisión sea casada por la S. C. de J. a consecuencia del ejercicio de un recurso de casación, o que sea retractada por el mismo T. S de T. como consecuencia de una acción en revisión por causa de fraude. En ambos casos la sentencia final del T. S. de T. desaparece, y resurge la posibilidd de intentar las acciones posesorias.

Competencia. Las acciones posesorias que se refieren a inmuebles en los cuales se está llevando a cabo una mensura catastral o que estén en curso de saneamiento se deben interponer ante el juzgado de paz competente, de acuerdo con el derecho común (art. 3-2o. del C. de Pr. Civil, 254 de la L. de R. de T.; Casación, junio de 1950, B. J. 479, p. 542).

El recurso de apelación se interpone ante elT. S. de T., y de él conoce un juez del T. de T. comisionado al efecto.

Si después se intenta la acción posesoria, interviene decisión final del T. S. de T., el juzgado de paz deviene incompetente para decidir. Asimismo, si después de dictado el fallo por el juzgado de paz, el T. S. de T. dicta su decisión final, la acción posesoria se halla extinguida, y el T. S. de T. es incompetente para conocer de la apelación (Casación, 30 de enero de 1935, B. J. 294, p. 16).

Procedimiento. El art. 255 de la L. de R. de T. dispone que las formalidades del derecho común son aplicables al procedimiento de estas acciones posesorias (Casación: 30 de enero de 1935, B. J. 294; p. 16; 26 de octubre de 1935, B. J. 303, p.395; septiembre 1964, B. J. 650, p. 1396

El plazo para interponer el recurso de apelación, conforme lo dispone igualmente el art. 255 de la L. de R. de T., es de 30 días, contados a partir de la notificación de la sentencia a persona o domicilio, de acuerdo con lo que dispone

el art. 16 del C. de Pr. Civil (v. sin embargo Casación, 19 de mayo de 1953, B. J. 514, p. &01)[89]

Ejecución de la sentencia. Con respecto a la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia por el juzgado de paz rigen dos disposiciones particulares.

la. Antes de ejecutar, la parte actora debe enviar al T. S. de T. una copia de la sentencia, e informarle que va a ejecutarla (art. 256 de la L. de **R.** de **T.).**

2a. El secretario del j. de paz que dictó la sentencia debe igualmente enviar una copia de ella al T. S. de T. (art. 257 de la L. de R. de T.).

(89) El art. 16 del C. de Pr Civil ha sido modificado por la L. 845 de 1978, fijando el plazo de 15 días para interponer el recurso de apelación contra las sentencias de los J. de Paz. Observese, por otra parte que el plazo para apelar contra las sentencias dictadas en J. O. es de un mes (no de 30 días, art. 121 de la L. de R. de T.). Es forzoso entonces concluir que el plazo para apelar de las sentencias dictadas por los J. de paz en materia posesoria es actualmente de 15 días, ya que el legislador, para la fijación del plazo, ha tenido en cuenta la disposición del Art. 16.

LIBRO V

LA COMPETENCIA (*)

TITULO I - LAS DIVERSAS CLASES DE COMPETENCIA

CAPITULO I - PRINCIPIOS GENERALES

Jurisdicción y competencia. La competencia es la aptitud de un tribunal para conocer de un asunto. Es, en otros términos, aquella parte de la jurisdicción, o sea del ejercicio de la ***función jurisdiccional*** del Estado incluida entre las atribuciones de un determinado tribunal.

Clases de competencia. Descartando la S. de C. de J. **que,** como se ha visto, no puede clasificarse ni entre los tribunales de derecho común ni los de excepción, los demás tribunales están organizados, en primer lugar, por categorías o clases: juzgados de primera instancia, cortes de apelación, juzgados de paz, Tribunal de Tierras y Tribunal de Confiscaciones. Las dos primeras jurisdicciones son, como se sabe, tribunales de derecho común; el juzgado de paz y el T. de T. son tribunales de excepción. Las atribuciones de estas diversas categorías de tribunales han sido fijadas por la ley en consideración de la naturaleza de los procesos.

(*) DALLOZ, REPERTOIRE PRACTIQUE, Competent Competence civiles des tribuneaux d'arrondissement, Competence comercicue ; PANDECTES FRANÇAISES, Competence; Rousseau y Laisney, DICTION AIRE DE PROCEDURE, Competence , Competence des tribunaux de commerce, Competence des tribunaux de paix;Glasson, Précis, I, 194 y s.; Glasson y Tissier, Traité,I, 262, y s., II, 313 y s.; Garsonnet y Cézar-Bru, Traité I 461 y s.; Cbiovenda, Instituciones, II 172 y s.; Chiovenda, Principios, I 26; Mattirolo. Tratado de Derecho judicial, I, 139 y s.; Camelutti, Sistema de derecho procesal civil II, 230 y s,; Camelutti, Instituciones del nuevo proceso civil italiano, trad, de J. Guasp, 119 y s. H. Solus y R. Perrotí, Droit Judiciare Prive, tomo I, 1961, pág. 16 y siguiente; tomo 11, 1873. Jean Vicent Procedure Civil 19va. ed;., pág. 291 y sig, Luis R. Castillo Morales, Las excepciones de incompetencia de conexidad y de litispendencia, conforme a la L. No. 834 del 15 de julio de 1978, "Estudios Jurídicos, tomo III, Vol. I, pág. 116 y sig. Juan.-Ml. Pellerano, G., El orden en que deben ser propuestas las excepciones, ob. cit. pág. 107.

En segundo lugar, la ley ha establecido, a excepción del T. de T. y el Tribunal de Confisaciones que son únicos, varios tribunales de la misma categoría, repartidos territorialmente: un juzgado de primera instancia (que puede estar dividido en cámaras) en cada provincia; una corté de apelación para un cierto número de provincias agrupadas en departamento; uno o más juzgados de paz en cada municipio, caso este último en que la parte del municipio correspondiente a cada juzgado de paz se llama ***circunscripción.***

Al determinar cuál es el tribunal competente para conocer de un asunto, la ley toma en cuenta, en primer lugar, las distintas categorías o clases de tribunales: juzgado de primera instancia, corte de apelación, juzgado de paz, y atribuye competencia a cada una de estas clases de tribunales para el conocimiento de ciertos procesos. Es la competencia de atribución o competencia ***ratione materiae.***

Esta primera selección determina la clase de tribunal competente. Una segunda selección va a precisar cuál es, de entre los diversos tribunales de la misma categoría repartidos en el territorio, el que particularmente tiene competencia para conocer el proceso. Esta última es la competencia territorial, o ***ratione personae vel loci,*** así llamada porque se determina tomando en cuenta sea el domicilio o la residencia del demandado, sea la situación de la cosa que forma el objeto del litigio, sea el lugar en que se ha formado o deba ejecutarse el contrato que ha dado motivo al litigio.

El T. de T., según se ha expuesto, es un tribunal único que tiene jurisdicción nacional, de donde resulta que para determinar su competencia hay que tomar únicamente en consideración la índole del asunto: este tribunal sólo tiene competencia de atribución o ***ratione materiae.***

A veces la ley da competencia a un tribunal determinado a exclusión de todo otro de la misma categoría, para conocer de ciertos asuntos. Esta competencia, que una parte de la

doctrina llama ***funcional*** participa, a la vez, de la naturaleza de la competencia ***ratione materiae,*** y de la competencia ***ratione personae vel loci,*** porque es atribuida a un determinado tribunal tanto en vista de la naturaleza del asunto como en vista de su situación territorial. La razón determinante de esta tercera clase de competencia es que la ley considera que el tribunal designado como exclusivamente competente se encuentra en mejores condiciones que todo otro para conocer de tales asuntos.

La incompetencia. Cuando se ha apoderado a un tribunal que, de acuerdo con las reglas legales de la competencia no es el designado para conocer del asunto, el procedimiento se halla afectado de un vicio, que es la incompetencia de ese tribunal. Esta irregularidad del procedimiento puede hacerse valer, durante la instancia, por medio de la excepción de incompetencia, y, después de la sentencia, por medio del ejercicio del correspondiente recurso.

Incompetencia absoluta, incompetencia relativa®. Algunas de las reglas relativas a la competencia han sido establecidas, principalmente, como se ha expuesto, en interés de obte-

(1) Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, 25; Chiovenda, Principios, 1, 29; el mismo, Instituciones, II, 28 y 29; Kisch, Derecho procesal civil, 12.4; Rocco. Derecho procesal, 214; De la Plaza, Derecho procesal civil español, I, 248. La doctrina francesa habla en estos casos de atribución exclusiva de jurisdicción (Glasson y Tissier, Traité, II, 380 y s.; Morel, Traité élémentaire, 271).

(2) Se ha criticado la terminología tradicional, sobretodo cuando se usan las expresiones competencia absoluta y competencia relativa; competencia ratione materiae y competencia ratione personae. Las doctrinas modernas las califican de equívocas e inadecuadas en lo que atañe a los términos competencia absoluta y competencia relativa: en primer lugar porque existen casos en que la incompetencia absoluta es sancionada por una incompetencia relativa o viceversa; en segundo lugar, porque no es la competencia la que es absoluta o relativa, sino la incompetencia. La terminología moderna, sobretodo la usada por la doctrina, se inclina al uso de los términos competencia de atribución (que sustituye la denominada competencia absoluta o ratione materiae y la competencia territorial (que sustituye la denomianda competencia relativa o ratione personae). Aunque en Francia los tribunales continuaron usando la terminolsogía tradicional, en la legilación francesa contenida en el Nuevo Código de Procedimiento Civil se emplean los términos competencia territorial y competencia de atribución. Obsérvense los art. 20 y 21 de nuestra L. 834 que utiliza dichos términos (v. al respecto, H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire privé. Tomo II, 1973, p. 14 y sig.

ner una buena administración de la justicia; otras de esas reglas miran más particularmente al interés privado de los litigantes.

Puede afirmarse que todas las normas relativas a la competencia de atribución o ***ratione materiae,*** y a la competencia funcional son de orden público; por el contrario, es discutible la cuestión de saber, en teoría, si es meramente de interés privado el fundamento de algunas de las reglas de la competencia ***ratione personae vel loci,*** como por ejemplo la que atribuye competencia en materia real inmobiliaria petitoria al juzgado de primera instancia del distrito en que radica el inmueble litigioso: bien podría darse como fundamento a esta regla de competencia la necesidad de que el tribunal apoderado sea, por su situación cercana al objeto del litigio, el más llamado a conocer idóneamente de esta clase de procesos, particularmente en lo que concierne a la administración de la prueba consistente en la visita o inspección del inmueble litigioso.

De acuerdo con los antiguos art. 168 a 170, que la violación de las reglas de la competencia de atribución o ***ratione materiae*** y de la competencia ***funcional*** engendra una incompetencia absoluta, de orden público; que la violación de las reglas de la competencia ***territorial, o ratione personae vel loci*** engendra una incompetencia relativa, de orden privado.

CAPITULO II - CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

LEY No. 834

Plan.— Se expondrá a continuación, el régimen del Código de Procedimiento Civil, y su trascendencia respecto de la incompetencia absoluta y la incompetencia relativa. A continuación consideraciones generales sobre las distinciones entre nulidad e incompetencia; incompetencia absoluta y exceso de poder, relaciones entre las reglas de la organización judicial, de la competencia y del procedimiento, tratando de conservar la redacción de la obra original, por su interés y aplicación actual. Finalmente se expondrán las características de las reglas de competencia, de acuerdo con las actuales modificaciones.

Caracteres de **la** competencia absoluta. Régimen del C. de Pr. **Civil.** Siendo de orden público las reglas de la competencia de atribución sancionada con la incompetencia absoluta del tribunal apoderado, esta incompetencia tenía especialmente, por aplicación del art. 170 las siguientes consecuencias:

1a. Como las partes no podían derogar por sus convenciones las reglas de la competencia de atribución (Art. 6 del C. Civil), ellas no podían tampoco, ni expresa ni implícitamente, borrar el vicio de incompetencia absoluta.

2a. La incompetencia absoluta podía ser invocada, para obtener el desapoderamiento del tribunal, poruña cualquiera de las partes, aún por el demandante, que era quien había apoderado al tribunal incompetente, puesto que su consentimiento a ser juzgado por ese tribunal, contenido en la citación, no podía producir ningún efecto.

3a. En los casos en que el asunto era de aquellos que debían ser comunicados al ministerio público, éste podía en su dictamen, requerir la declinatoria, aún cuando ninguna de las partes la hubiera solicitado.

4a. La incompetencia del tribunal irregularmente apoderado podía ser propuesta en todo estado de causa. Por consiguiente, la declinatoria podía ser pedida: en primera instancia, aun después de las conclusiones sobre el fondo; en grado de apelación, aunque no se hubiera pedido en primera instancia y no obstante la aquiescencia, expresa o tácita, que las partes hubieran podido dar a la sentencia del primer juez; ante la S. C. de **J.** en funciones de C. de Casación, aunque no se hubiera promovido la cuestión de competencia ante los jueces del fondo (Casación, **11** de julio de 1927, **B.** J. 203-204, p. 15), excepto si se trata de un procedimiento seguido ante efT. de Tierras (art. 135 de la L. de R. de T.)[3]

5a. Aunque las partes, tácitamente con su silencio, o ex-

(3) La S. c. de Justicia afirmó en algunas de sus decisiones (v. Casación, 28 de noviembre de 1952, B. J. 508, p. 2190; 28 de abril de 1953, B. J. 513, p. 656), que laincompetencia absoluta solo podía proponerse por primera vez en casación cuandose hubiera puesto la corte en condiciones de conocer el vicio que se alega.

presamente por medio de una convención, hubieran consentido en ser juzgados por un tribunal incompetente, éste no podía optar entre desapoderarse o retener la causa, sino, que necesariamente, tenía que desapoderarse de oficio del conocimiento del asunto. Si el juez del primer grado no se desapoderaba, debía hacerlo el de apelación y, si tampoco éste lo hacía, la S. C. de Justicia, como corte de Casación debía aplicar, de oficio, la regla de competencia de atribución, casando la sentencia contra la cual se ha recurrido (Casación: 15 de mayo de 1942, B. J. 328, p. 227; 21 de diciembre de 1943, B. J. 401 p. 1125; 27 de junio de 1952, B. J. 503, p. 1183).

Caracteres de la incompetencia relativa. Régimen del C. de Pr. Civil. En cambio, si el tribunal era incompetente porque el demandante hubiera violado, al apoderarlo de la contestación, una regla de competencia ***ratione personae vel loci,*** dictadas, como se ha visto para proteger los intereses de las partes, especialmente del demandado, la voluntad expresa o implícita de ellas era determinante en cuanto a la decisión a intervenir sobre la competencia. De esto resultaban las siguientes consecuencias.

Ira. Las partes podían por medio de una convención expresa, atribuir el conocimiento del litigio a un juez incompetente o, lo que es lo mismo, prorrogar de un modo expreso la competencia del juez incompetente.

2a. Solamente el demandado podía proponer la incompetencia del tribunal indebidamente apoderado.

3a. Esta incompetencia debía ser propuesta, en virtud de lo que disponía el art. 169, ***in limine litis,*** esto es, antes de las defensas al fondo.

4a. El tribunal no estaba obligado, de oficio, á desapoderarse.

5a. Si el demandado capaz guardaba silencio en un asunto comunicable al ministerio público, éste no podía pedir la declinatoria; pero sí podía pedirla cuando el demandado era incapaz, puesto que el objeto de la comunicación al ministerio público era dar al incapaz un suplemento de protección.

Nulidad e incompetencia. Hay una cierta analogía, que

no debe exagerarse, entre la nulidad y la incompetencia: ambas son vicios de los actos del procedimiento, que pueden tener un carácter absoluto o relativo, según que las reglas violadas sean de orden público o de interés privado. La nulidad puede afectar a uno o a varios de los actos del procedimiento, o a la sentencia misma, según el momento en que se cometa. La incompetencia produce la ineficacia de los actos del procedimiento incoado ante el juez incompetente y de la sentencia dictada por él. Sin embargo la interrupción de la prescripción, como efecto de la demanda en justicia, queda en pie (art. 2246 del C. Civil). La diferencia entre la nulidad y la incompetencia se manifiesta claramente cuando una sentencia es casada por la S. C. de J.: si lo es por vicio de forma contenido en la sentencia misma, los actos del proceso anteriores a la sentencia pueden servir de base para la obtención de una nueva sentencia ante el tribunal de envío; por el contrario, si la sentencia es casada por incompetencia, cae no solamente la sentencia impugnada, sino también el procedimiento anterior a la sentencia. Por otra parte, la nulidad, aun absoluta, de los actos del procedimiento, tiene que ser propuesta ***in limite litis,*** en conclusiones, previas al fondo y no puede ser suplida, en general, de oficio; por el contrario, la incompetencia absoluta puede ser propuesta en todo estado de causa, antes o después de las conclusiones al fondo, por primera vez en apelación, y ser suplida de oficio por el juez.[4]

Incompetencia absoluta y **exceso de poder.** La función jurisdiccional del Estado es ejercida por los tribunales (art. 63 de la Constitución de 1966). También se hallan a cargo de

(4) Ya en una sentencia de 1867 la S. C. de J. expresó que "la incompetencia de los tribunales y juzgados, en razón de la materia, es nulidad capital, absoluta, que no la cubre ni subsana actoalguno, porque es de orden público" (Colección de sentencias de la S. C. de J., 1865-1872, p. 36). Esto no es enteramente cierto: una sentencia, aun dictada por un juez incompetente por razón de la materia, puede adquirir la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, lo que borra el vicio de incomptencia. La ley ha confundido a veces la nulidad con la incompetencia, como por ej. en el art. 29 de la L. sobre pr. de casación de 1947, al expresar que "la nulidad por causa de incompetencia" podrá ser invocada por primera vez en casación. Lajurisprudencia ha incurrido en la misma confusión (v. Casación, 13 de diciembre de 1940, B. J. 365, p. 729).

ellos algunas funciones no estrictamente jurisdiccionales, sino administrativas; su ejercicio es designado generalmente jurisdicción graciosa o voluntaria. La violación de las reglas que atribuyen jurisdicción a los tribunales para conocer de los diversos asuntos de su competencia es lo que constituye, como se ha visto, el vicio de incompetenciai, que es absoluta cuando la norma violada es una de las que establecen la competencia de atribución o ***ratione materiae.***

El exceso de poder es un vicio distinto de la incompetencia. Existe cuando un tribunal realiza un acto que, de acuerdo con el principio de la separación de los poderes, en la medida en que nuestra Constitución lo consagra, no entra en la esfera de las atribuciones de los órganos del Poder Judicial, no ya del tribunal de quien emana el acto, pero tampoco de ningún otro tribunal, y que entre, por el contrario, en las atribuciones que se hayan a cargo del Poder Legislativo, o del Ejecutivo. Así, se considera que incurre en exceso de poder, el tribunal que censura en su sentencia las actuaciones del ministerio público, o que emite críticas a la ley, o que estatuye por vía general y reglamentaria, o que ordena la expulsión de un extranjero (Casación, 12 de febrero, 1937, B. J. 319, p. 55). En ninguno de estos casos la ley ha investido al Poder Judicial ni con la facultad de emitir apreciaciones ni con el poder de decidir. Por el contrario, en la hipótesis de incompetencia absoluta el Poder Judicial es el llamado a decidir; hay un tribunal competente para decidir, en razón de la materia o fúncionalmente, pero ese tribunal no es aquel que fue apoderado del asunto.

Las dos nociones de incompetencia absoluta y exceso de poder no son, sin embargo, claramente separadas por la jurisprudencia (v. Casación, 30 de junio, 1938, B. J. 335, p. 342). Esto se debe a que, por lo menos aparentemente, toda incompetencia es un exceso de poder, y todo exceso de poder es una incompetencia*[55]. No obstante, la distinción, de ambas figuras jurídicas debe establecerse con toda precisión, especialmente para los fines del art. 64 de la L. sobre Pr. de Casación,

(5) Japiot, Traité élémentaire, 1125.

que permite al Procurador General de la República recurrir en casación "contra toda sentencia viciada de exceso de poder".

Régimen de la Ley 834. La característica fundamental del nuevo sistema previsto por los art. 3 a 27 de la L. 834 copiados de los art. 75 a 99 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés consiste en someter las declinatorias por incompetencia a reglas estrictas, mediante un procedimiento especial encaminado a obtener rápidamente una sentencia sobre la competencia.

El régimen del Código de **Pr.** Civil se prestaba a que litigantes temerarios o malintencionados, mantuvieran una litis durante meses y hasta años pendiente de un incidente sobre competencia.

En Francia se iniciaron las reformas entre los años 1958 a 1960. Fueron objeto de severas críticas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, calificando la técnica procesal de rigurosa y compleja.

Las reformas iniciadas en Francia en 1958, suponían una separación absoluta en lo que respecta al asunto de la competencia y del fondo. La práctica demostró que no siempre es fácil separar ambos campos, como tampoco es fácil tipificar las condiciones de la inadmisiblidad.

La aplicación de las reformas operadas durante el período 1958-1960 demostró que éstas resultaron rigurosas, o poco flexibles, dando lugar a que los tribunales aceptaran excepciones numerosas en la aplicación del ***contred.it.*** Es asi como se producen las reformas contenidas en el Decreto del 20 de julio de 1972, que, con algunas modificaciones vino a formar parte del Nuevo Código, puesto en vigor el lo. de enero de 1976.

Verificación de la competencia. El tribunal apoderado, una vez propuesta su incompetencia poruña de las partes (generalmente el demandado), puede siempre verificar y juzgar sobre su propia competencia. Puede ocurrir asimismo, que la decisión sobre la competencia, en caso de envío, se imponga a las partes y al juez (art. 3, 14 y 24 párrafo final).

La incompetencia puede ser propuesta por una de las **partes o pronunciada de oficio por el juez.** Cuando la incompetencia es promovida por una de las partes sea porque se pretenda que el tribunal es incompetente en razón de la materia o sea en razón del lugardel tribunal la excepción debe reunir, para ser admisible las siguientes-condiciones: 1) debe ser motivada e indicar la jurisdicción que se pretende es la competente 2) debe proponerse ***simultáneamente*** con las demás excepciones que se pretenden hacer valer y antes que toda defensa al fondo o fines de inadmisión, aún se trate de reglas de orden público. 3) debe proponerse en un plazo muy corto, bajo pena de ser excluido.

Se ha pensado, no sin razón que este sistema considerado demasiado riguroso, podría conducir a consecuencias peligrosas y discutibles. Podría darse el caso del apoderamiento de un tribunal incompetente de manera absoluta, por un acuerdo entre las partes litigantes; de la negligencia del demandado o su representante, unida a la circunstancia de que se trate de un caso en que el tribunal no tenga el poder de declarar de oficio su incompetencia.

Se ha pensado asimismo, que en el futuro, el hecho de declinar la competencia de un tribunal vendría a constituir una actitud automática de parte del demandado, temeroso de sucumbir en la ütis sobre la competencia. Se opina, sin embargo, que estas maniobras son frenadas por el temor a las sanciones impuestas por la ley (art. -16, equivalente al art. 88 del Nuevo Cód. de Pr. Civil Francés).[6]

Si bien es cierto que las sanciones legales van contra el litigante que demuestra en principio haber actuado con ligereza en una impugnación(contredit), tal circunstancia no excluye la posibilidad de una sanción injusta.

En el caso de que la incompetencia sea promovida por una de las partes, el juez puede asumir una de estas dos posiciones: 1) por una misma sentencia, pero por disposiciones distintas, declararse competente y estatuir sobre el fondo del litigio, pero debe previamente poner a las partes en mora de

(6) Jean Vincent, ob. cit. pág. 415 y 447 y sig.

concluir al fondo en una próxima audiencia a celebrarse en un plazo no mayor de 15 días a partir de la audiencia (art. 4) 2) Cuando el juez no se pronuncia sobre el fondo, pero la determinación de la competencia depende de una cuestión de fondo, el juez debe en el dispositivo de su sentencia estatuir sobre esta cuestión de fondo y sobre la competencia por disposiciones distintas (art. 5.).

De lo expuesto se concluye que el juez, frente a una excepción de incompetencia, examinará su propia competencia, ya que debe ante todo determinar si la declinatoria es admisible o no, si no lo es, se declarará competente y juzgará el fondo, salvo la obligación de poner a las partes en mora de concluir al fondo, según se ha indicado. Si por el contrario, el juez se declara incompetente, no se limitará, como en el antiguo sistema a declarar su incompetencia; ***él designará la jurisdicción que estime competente.*** Esta designación se impondrá a las partes y al juez de envío (Art. 24, párrafo final). La misma disposición exceptúa de esta regla el caso de competencia de una jurisdicción represiva, contencioso administrativa, arbitral o extranjera. En estos casos, el juez se limitará a remitir a las partes ante la jurisdicción correspondiente.

¿Cuando puede el juez estatuir sobre el fondo?

Varias situaciones pueden presentarse:

1)El tribunal del primer grado se declara competente por una sentencia que estatuye únicamente sobre la competencia (art. 8). Esta decisión no puede ser atacada, sino por la vía de la impugnación (contredit)[7];

2) El tribunal estatuye únicamente sobre su competencia, pero ésta se encuentra subordinada al examen previo del fondo del cual depende su competencia, (Ej. asunto laboral llevado ante el juzgado de primera instancia). Aquí la determinación de la competencia depende de una cuestión de fondo.

En estos casos, el juez debe estatuir sobre esta cuestión de fondo y sobre la competencia, por disposiciones distintas. La decisión del juez tendrá, sobre la cuestión de fondo, autoridad de cosa juzgada (art. 23).

(7) Las características de este recurso serán tratadas en el libro VI.

En este caso, la parte que no esté de acuerdo con la decisión puede usar la vía de la impugnación (contredit).

3) El juez se declara competente y estatuye sobre el fondo, desde luego, por dos disposiciones distintas. Esta situación se presenta si el juez ha puesto a las partes en mora de concluir al fondo, o cuando las partes espontáneamente lo hayan hecho. En esta eventualidad, el litigante tiene dos alternativas, según que el tribunal haya estatuido en primera y única instancia o que su sentencia sea susceptible de un recurso de apelación.

En el primer caso, puede únicamente intentarse un recurso de apelación sobre la disposición de la sentencia que juzgó la competencia.

En el segundo caso, podrá interponerse recurso de apelación respecto del conjunto de las disposiciones de la sentencia (art. 6.).

Conviene señalar un error en la traducción y adaptación de la ley 834. Se observará en el art. 7, el uso de la palabra "corte", sin tener en cuéntala organización peculiar de nuestros juzgados de primera instancia que a diferencia de Francia, son unipersonales. En consecuencia, si el tribunal apoderado de la apelación o de la impugnación es un juzgado de primera instancia no sería correcto llamarle "corte". El vocablo incluso, se presta a lamentables confusiones.

La incompetencia promovida de oficio. Estos casos están previstos en los arts. 20 a 22 y 24.

La incompetencia puede ser promovida de oficio por el juez únicamente cuando se trate de la violación de una regla de competencia de atribución, cuando esta regla es de orden público (art. 20). No puede serlo sino en este caso. La regla es pues imperativa. Pero, ante la Corte de Apelación y la Corte de Casación esta incompetencia sólo podría ser pronunciada de oficio si el asunto fuere de la competencia de un tribunal represivo; de un tribunal contencioso administrativo, o escapare a la competencia de los tribunales dominicanos. Sus poderes son pues más limitados.

Los casos citados entran, sin lugar a dudas dentro del

ámbito de la competencia de atribución, y son además, de orden público.

Se considera que este principio es aplicable al Procurador General de la República en los casos de recursos en interés de la ley.[8]

En lo que respecta a la competencia territorial, la ley distingue la materia graciosa de la contenciosa.

En materia graciosa, el tribunal podrá siempre pronunciar de oficio su incompetencia territorial. En materia contenciosa sólo podrá hacerlo en los litigios relativos al estado de las personas, o cuando la ley atribuya competencia exclusiva a otro tribunal.[9]

Sólo la vía de la impugnación (contredit) está abierta cuando el tribunal, estatuyendo en primer grado, se declara incompetente de oficio.

Pero, por derogación a esta regla, el tribunal sólo puede ser apoderado por la vía de la apelación, cuando la incompetencia es promovida o declarada de oficio en razón de que el asunto es de la competencia de una jurisdicción administrativa (art. 27).

La vía de la apelación es asimismo la única abierta contra las ordenanzas dictadas en materia de referimiento y divorcio (art. 26).

Repercuciones en la Org. Judicial. Las reglas de organización judicial, de competencia, de procedimiento, cuyo estudio sistemático incumbe al derecho procesal, se hallan estrechamente ligadas y se condicionan e influencian íntimamente las unas a las otras: la ley establece la competencia de los tribunales en consideración de sus categorías y de su número; la estructura del proceso y de los procedimientos se vincula indisolublemente a la organización de esos tribunales y a la atribución de sus competencias respectivas. En todo caso hay que hacer notarla decisiva influencia que ejercen las reglas de

(8) **Jean Vincent, Procedure Civile, pág. 418.**

(9) **En Franeiaexite otra causa: cuando el demandado no comparece. Estamodificación fue introducida por el Decreto del 28 de diciembre de 1976, que modificó el Art. 93 del C. de Pr. Civil.**

la organización judicial sobre la competencia de los tribunales y sobre los procedimientos mediante los cuales ellos conocen de los asuntos de su competencia.

Si, por hipótesis, el ejercicio de la función jurisdiccional en un Estado se hallara confiado a un tribunal único, allí" no habría problemas de competencia; jurisdicción y competencia serían una misma cosa; la competencia del tribunal único sería universal, ***ratione materiae y ratione personae vel loci.*** Habría distintas formas de proceso y de procedimientos, según la naturaleza de los diversos asuntos; su derecho procesal no contemplaría otras normas que las de procedimiento; los problemas relativos a la organización peculiar de las diversas jurisdicciones y a sus competencias respectivas le serian, por consiguiente, totalmente ajenos.

Cuando, en una menor escala de concentración jurisdiccional, como ocurre entre nosotros con el Tribunal de Tierras existe un único tribunal para conocer de una cierta categoría de asuntos, a exclusión de todo otro, su competencia es ***ratione materiae,*** pero no ***territorial.***

La unipersonalidad de nuestro juzgado de primera instancia y la ausencia de jurisdicción comercial son dos factores decisivos que repercuten evidentemente sobre la competencia de ese tribunal y sobre la estructura de los procedimientos mediante los cuales conoce de los asuntos de su competencia.

Nuestra jurisprudencia ha vacilado mucho para captar el significado y las consecuencias de esas peculiaridades de nuestro derecho procesal, que lo alejan grandemente del derecho francés. Esto se debe, en parte a una aparente antinomia entre dos grupos de nuestros cuerpos legales.

Al efecto es preciso observar que los códigos y algunas leyes especiales (v. por ej. la L. 82 de 1924; L. 834 de 1978); descansan en este doble supuesto: 1o., que el tribunal o juzgado de primera instancia es un tribunal civil, colegiado; 2o., que existe un tribunal o consulado de comercio como jurisdicción competente para conocer de los asuntos comerciales.

Ninguno de estos supuestos se realiza en nuestra organización judicial. El j. de p. i. es tribunal unipersonal desde

1904. Por otra parte, desde antes de la promulgación de los códigos de 1884, la ley se había abstenido de establecer tribunales de comercio (v. el historial contenido en Casación, 30 de septiembre de 1936, B. J. 314,p. 507).

La unipersonalidad del j. de p. i. ha tenido como consecuencia la desaparición virtual del referimiento como una competencia atribuida al presidente del tribunal, transforma'ndolo en uno de los procedimientos de que ese tribunal conoce (v. Casación, 28 de enero, 1949, B. J. 462, p. 33; 18 de julio, 1979, B. J. 824 p. 1314).

Asimismo, la ausencia de tribunal de comercio ha tenido como efecto el de que los asuntos comerciales, en vez de ser materia de la competencia de un tribunal de excepción, sean asunto de la competencia general del j. de p. i., sujetos al procedimiento comercial.

He aquí, pues, dos casos particulares de competencia según el texto de los códigos y de algunas leyes especiales, que se han transformado automáticamente por efecto de nuestra organización judicial, en meros procedimientos a seguir ante el j. de p. i.

Otras veces, la unipersonalidad del j. de p. i repercute solamente sobre la estructura de un procedimiento. Ejemplos: los diversos casos en que la ley manda que ciertas medidas de instrucción se verifiquen ante un juez comisario. Siendo unipersonal, el juzgado de p. i tiene que recurrir, para acatar el mandato de la ley, al artificio de designarse a sí mismo como juez comisario.

Si, volviendo al terreno de la hipótesis, el j. de p. i. retornará a ser un tribunal colegiado, y si se crearan tribunales de comercio, se operarían cambios fundamentales, en sentido-inverso a los enunciados anteriormente, en la competencia y en el procedimiento: el referimiento podría volver a ser materia de la competencia del presidente del tribunal; los asuntos comerciales entrarían en la competencia de los tribunales de comercio; el juez comisario sería uno de los miembros del tribunal.

TITULO II - COMPETENCIA DE ATRIBUCION

CAPITULO I - PRINCIPIOS GENERALES

Jurisdicciones del primer grado. Son el ***juzgado de primera instancia, el juzgado de paz, el Tribunal de Tierras*** de jurisdicción original, el Tribunal de Confiscaciones, y, en ciertos casos excepcionales la ***corte de apelación.*** La Suprema Corte de Justicia funciona, aveces, como tribunal que estatuye en instancia única.

Jurisdicciones del segundo grado. Son la corte de apelación y el Tribunal Superior de Tierras. En ciertos casos excepcionales lo son el juzgado de primera instancia, el Tribunal de Tierras de jurisdicción original y la Suprema Corte de Justicia.

Situación del juzgado de p. i. Es la jurisdicción de derecho común, competente, en principio, para conocer en primera instancia de todos los asuntos cuyo conocimiento no es atribuido expresamente por la ley a otro tribunal (art. 45 de la L. de O. J.).

Criterios determinantes. Para atribuir el conocimiento de los asuntos a los diversos órdenes de tribunales el legislador toma en cuenta, en algunos casos, la naturaleza intrínseca del objeto del proceso. Así, por ej.: al juzgado de primera instancia corresponde conocer de las acciones reales inmobiliarias petitorias; al T de T. corresponde el conocimiento de los litigios relacionados con terrenos en los que se haya dado comienzo a una mensura catastral o que estén en proceso de sa saneamiento, y con terrenos registrados; al juzgado de paz corresponde el conocimiento de las acciones relativas a los contratos de locación y arrendamiento, y de las acciones posesorias. Es la competencia de atribución llamada cualitativa/[105]

(10) **En derecho francés existía también la competencia Por la urgencia, que era la que correpondía al presidente del tribunal de primera instancia como juez de los referimientos. Esta competencia se atribuye también a los tribunales de infancia y tribunales de comercio (v. arts. 848 a 850, 872 y 873 del Nuevo Código). Conviene aclarar asimismo, que la vía del referimiento puede usarse en casos en que no es exigida la urgencia (arts. 809, 811 de dicho Código).**

En otras ocasiones el legislador se guía por el valor pecuniario del objeto del litigio para determinar cuál es el tribunal competente: es el casode la competencia de atribución del juzgado de paz para conocer de las demandas personales y reales mobiliarias en única instancia, tanto en materia civil como comercial hasta la cuantía de quinientos pesos (art. 1 o. mod. por la L. 845 de 1978). Es la competencia de atribución llamada cuantitatiya.

CAPITULO II - JURISDICCIONES DEL PRIMER GRADO

SECCION I - JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Competencia general. De acuerdo con el art. 45 de la L. de O. J. los juzgados de p. i. conocen, "en instancia única, de todas las acciones personales, reales y mixtas, que no sean de la competencia de los j. de paz, hasta la cuantía de trescientos pesos[11] y, a cargo de apelación de demandas de cualquier cuantía, o de cuantía indeterminada".

El texto no menciona el T. de Tierras pero la competencia general el j. de primera instancia tiene, además de la limitación que resulta de la competencia del j. de paz, que el texto menciona expresamente la que resulta de la competencia atribuida al T. de Tierras para conocer de las acciones relativas a los derechos inmobiliarios en proceso de saneamiento, y

Es patente que entre nosotros no tenemos esta clase de competencia, porque nuestros j. de primera instancia son unipersonales en los que tribunal y presidente son la msma persona (v. Casación, 21 de febrero, 1923, B. J. 150-152, p. 47; 28 de enero, 1949, B. i. 462, p. 33). Nuestro referimiento no es por consiguiente un caso especial de competencia, sino uno de los procedimientos que se desenvuelven ante el j. de primera instancia. Sin embargo, frecuentemente se ha hablado y decidido acerca de la incompetencia del juez de los referimientos (v. Casación, 22 de junio e 1931, B. J. 251 p. 75).

(11) De acuerdo con el Art. 9 de la L. 845 de 1978 la L. 1015 de 1935 ha sido derogada, la que había a su vez modificado el Art.45 de la L. de O. J. Aunque la aludida ley No. 845 no deroga expresamente el art. 45 ya citado, es obvio que lo modifica en lo que atañe al limite de la competencia de los i. de primera instancia a cargo de apelación, que actualmente deberá ser de mil pesos y no de trescientos pesos. Observese que el art. lo. del C. de Pr. Civil mod. por la L. 845 fija el limite de la competencia de los j. d paz para el conocimiento de las acciones puramente personales o inmobiliaria en nica insancia hasta la suma de quinientos pesos, y a cargo de apelación hasta la suma de mil pesos.

registrados, por los art. 7 y s. y 269 de la L. de R. de T., y la que resulta de los asuntos expresamente confiados al T. de Confiscaciones de acuerdo con la L. 5924 de 1962.

Completando la formula del art. 45 de la L. de O. J. se puede establecer, pues, que el j. de p. i tiene competencia de atribución para conocer de todos los asuntos que la ley no ha confiado expresamente al juzgado de paz, al T. de T., o al Tribunal de Confiscaciones.

Asuntos comerciales. De acuerdo con lo que dispone el art. 45 de la L. de O. J., confirmado por el art. 615 del C. de Comercio, no se distingue entre asuntos civiles y comerciales; ambos caen dentro de la competencia de atribución delj. de p. i.

En nuestra organización judicial no existe, pues, de acuerdo con esas disposiciones, un tribunal de comercio, distinto del juzgado de primera instancia, como jurisdicción excepcional competente para conocer de los asuntos comerciales.

Otros textos, por el contrario, especialmente, los art. 414 a 442 del C. de Pr. Civil, agrupados en el título XXV del libro II de la primera parte, bajo la rúbrica PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES DE COMERCIO, y los art. 616 a 648 del C. de Comercio, integrantes del libro IV, que lleva por título DE LA JURISDICCION COMERCIAL, se refieren al tribunal de comercio, como una jurisdicción distinta.

Por otra parte, algunos otros textos, como por ej. los arts. 326 del C. Civil y lo. de la L. 82 de 1924, mencionan el tribunal civil, como jurisdicción investida de competencia exclusiva para conocer de ciertas cuestiones.

Dada tal contradicción entre esos dos grupos de textos, es preciso investigar si en nuestra organización judicial el juzgado de primera instancia es una jurisdicción única, competente para conocer de los asuntos civiles y comerciales, cada uno mediante un procedimiento particular, o si, por el contrario, se trata de dos tribunales distintos, civil y de comercio, cuyas funciones son desempeñadas por una misma persona, el juez de primera instancia, quien, al conocer de un asunto

civil, se constituiría como tribunal civil, y, al conocer de un asuntos comercial, como tribunal de comercio.

La S. C. de J. comenzó por admitir que el j. de p. i es un tribunal civil cuando conoce de asuntos civiles, y un tribunal de comercio cuando conoce de asuntos comerciales; de donde concluyó a que, como tribunal civil, es incompetente, ***ratione materiae,*** para conocer de los asuntos comerciales, y, como tribunal de comercio, para conocer de los asuntos civiles (Casación: 25 de enero de 1926, B. J. 186-187, p. 8; 29 de octubre de 1926, B. J. 195, p. 13; 31 de julio de 1931. B. J. 376, p. 26; 15 de noviembre de 1933, B. J. 280, p. 3). Pero luego adoptó el sistema opuesto, declarando, por lo menos sustancialmente, que el j. de p. i. es un tribunal único, que conoce mediante procedimientos distintos de los asuntos civiles y de los asuntos comerciales, y ante el cual, por consigiente, no puede proponerse la excepción de incompetencia cuando le es sometido un asunto comercial con el procedimiento establecido para los asuntos civiles, y recíprocamente (Casación: 30 de septiembre de 1936, B. J. 314, p. 507; 20 de febrero de 1953, B. J. 511, p. 210).

Posibilidad de una jurisdicción comercial. La ley no instituye ninguna jurisdicción llamada tribunal de comercio, sino que atribuye al j. de primera instancia competencia para conocer de todas las materias personales, reales y mixtas no atribuidas a otra jurisdicción (j- de paz o T. de T.).

Pero la ley podría crear los tribunales de comercio (v. Casación, 30 de septiembre de 1936). Esto resulta: en primer término del art. 63 de la Constitución, al indicar que el Poder Judicial se ejerce por la S. C. de Justicia y por los demás tribunales del orden judicial creados por la Constitución y las leyes; en segundo término, de la 10a. atribución dada al Congreso por el art. 37 de la Constitución, de "crear o suprimir tribunales ordinarios o de excepción".

Plenitud de jurisdicción. El Art. 46 de la L. O. J. dispone que en cada Distrito Judicial habrá un tribunal de primera instancia con plenitud de jurisdicción el cual podrá estar divi-

dido en cámaras según lo exija el mejor desenvolvimiento de las labores judiciales a su cargo. "Plenitud de jurisdicción" es la frase empleada por primera vez por el legislador en la L. 821 de 1927, sobre organización judicial; la anterior ley de la materia, del 2 de junio de 1908 disponía simplemente, en su Art. 46, equivalente al actual Art. 43,'que en cada distrito judicial habrá un j. de primera instancia.

En Francia[12], la "plenitud de jurisdicción" del tribunal de primera instancia no está consagrada por la ley; pero resulta de algunas decisiones judiciales mediante las cuales se explicaría el carácter relativo atribuido a la incompetencia del tribunal de primera instancia para el conocimiento de los asuntos comerciales, excepto en materia de quiebra, en que se considera que la competencia de atribución del tribunal de comercio es de orden público, siendo por consiguiente absoluta la incompetencia del tribunal de primera instancia. Otras decisiones, por el contrario, no apelan a la idea de una plenitud de jurisdicción del tribunal de prjmera instancia para explicar este carácter de su incompetencia, sino que se fundan simplemente en la consideración de que, siendo ese tribunal la jurisdicción de derecho común, competente, aun en materia comercial, en aquellos distritos en que no hay tribunal de comercio, su incompetencia para conocer de los asuntos comerciales no puede ser absoluta, sino simplemente relativa, de puro interés privado, que puede ser opuesta únicamente por el demandado, ***in limine litis,*** y que no puede ser suplida de oficio por el tribunal.

En cambio, la jurisprudencia francesa es unánime en reconocer que el tribunal de primera instancia es incompetente de un modo absoluto para conocer de los asuntos atribuidos al juez de paz, y que, por consiguiente, dicho tribunal no tiene en este caso plenitud de jurisdicción.

La teoría de la plenitud de jurisdicción del tribunal de primera instancia es una de las maneras de explicar, en Francia

(12) Motel, Traité élémentaire, 204 y 205; Glasson, Précis, I, 220, H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, I, No. 520, p. 487; II, Nos. 15 y s., donde se planteael problema alaluz de las reformas francesas a partir de 1958.

el carácter relativo de la incompetencia de los tribunales de primera instancia para el conocimiento de los asuntos comerciales. Esto se justifica en un país, como Francia, en que hay dos jurisdicciones del primer grado, de la misma categoría, el tribunal de primera instancia, o tribunal civil, y el tribunal de comercio, el primero de derecho común, el segundo de excepción. En Francia, la jurisdicción judicial no es unitaria; hay, en cierto sentido, unidad de la jurisdicción civil y de la jurisdicción penal[13]; pero la competencia para conocer de los asuntos comerciales está confiada al tribunal de comercio, y al tribunal civil únicamente en los distritos en que no existe aquel.

No parece necesario en nuestro derecho recurrir a la idea de una "plenitud" de jurisdicción para justificar ciertas soluciones de la jurisprudencia, especialmente la de decidir que se incurre en el vicio de nulidad del procedimiento y no en el de incompetencia cuando se somete al j. de p. i un asunto civil en la forma del procedimiento comercial o viceversa. El tribunal apoderado en uno u otro caso es el único tribunal competente, el j. de p. i; no puede haber por consiguiente violación de una regla de competencia, sino de una regla de procedimiento. En el primer caso, asunto civil tramitado en la forma comercial se habrá violado el art. 61; en el segundo caso, asunto comercial introducido en la forma civil, se habrán violado los art. 414 y s.

Por el contrario, esas soluciones se explican perfectamente por el principio de la "unidad" de la jurisdicción judicial[14] con que se halla investido el j. de p. i. para las materias civiles, comerciales y represivas.

(13) Morel, obra-citada, 78.

(14) Veáse Libro IV. La evolución histórica en materia legisltaiva acerca de este principio se resume expresando que hasta la Constitución de 1942 confiamada por la reforma de 1947, nuestro derecho conocía la unidad total de la jurisdicción: civil, comercial, penal o represiva, contencioso-administrativo; después de la Constitución d 1942 nuestro derecho admite una jurisdicción contencioso-administastiva. La jurisdicción se ha bifurcado permaneciendo la jurisdicción judicial en manos de los Tribunales judiciales con ciertas limitaciones en cuando al Juzgado de Paz, al T. Tierras y al T. de

Las cámaras del j. de primera instancia. Después de haber establecido que en cada distrito judicial habrá un juzgado o tribunal de primera instancia con "plenitud" de jurisdicción, el art. 43 de la L. de Organización Judicial dispone que en el Distrito Nacional habrá tres cámaras civiles y comerciales, una de trabajo y ocho penales; en Santiago, dos cámaras civiles, comerciales y de trabajo, y tres penales; en La Vega, una cámara civil, comercial y de trabajo y dos penales; en Duarte, una cámara civil, comercial y de trabajo y dos penales; en Puerto Plata, una cámara civil, comercial y de trabajo y una penal; en San Cristóbal, una cámra civil, comercial y de trabajo y una penal, y en Barahona, una cámara civil, comercial y de trabajo, y una penal; en San Juan de la Maguana, una cámara civil, comercial y de trabajo y una penal; en el Seybo, una cámara civil comercial y de trabajo y una penal (art. 43 de la L. de O. J. mod. por la L. 750 de 1977 (10).

Es necesario determinar a propósito de esta disposición si el principio de la unidad de la jurisdicción judicial se halla descartado en lo que se refiere a los j. de p. i. de los distritos anteriormente mencionados, a causa de estar dividos en cámaras, una para lo asuntos civiles y comerciales, una o más para los asuntos penales, o, en otros términos, si en cada uno de esos distritos hay uno o más j. de p. i.

Al art. 66 de la Constitución de 1927, bajo cuya vigencia fue votada la actual L. de O. J., idéntico al mismo canon de las Constituciones de 1924 y 1929, y el art. 67 de las Constituciones de 1942 y 1947, daba opción al legislador entre establecer en cada distrito judicial varios j. de p. i. o establecer uno sólo dividido en cámaras, confiriendo, según el caso, a cada juzgado o a cada cámara, las atribuciones jurisdiccionales correspondientes. Esta misma disposición se encuentra en la Constitución de 1966 (art. 73).

Confiscaciones (Ley 5924 de 1962) y pasando algunas cuestiones contencioso administrativas a manos de jurisdicciones especiales (L. 1494 de 1947). A la fecha, la Constitución de 1966 mantiene este sistema y sus limitaciones.

La aplicación a nuestro medio de la teoría de la "unidad de jurisdicción", surgida con el equívoco nombre de "plenitud de jurisdicción", copia inadecuada de un fenómeno típico francés, en una sentencia dominicana del año 1936, que tiene precedentes muy remotos y que comenzó a plantear y elaborar en esta obra el autor, en el mes de marzo de 1944, y que en el mismo

En la primitiva redacción del art. 43 de la actual L. de O. J. se manifestó claramente la preferencia del legislador en favor del sistema de la pluralidad de juzgados, al establecer que en el distrito de Santo Domingo habría dos tribunales de primera instancia: "uno civil, parala administración de la justicia civil y comercial; y otro penal, para la administración de la justicia represiva".

Por el contrario, en las reformas sucesivamente introducidas en el art. 43 de la L. de Organización Judicial, a partir de la L. 733 de 1934, se establece que en cada distrito hay un juzgado de primera instancia con "plenitud" de jurisdicción, menos, de acuerdo con la actual ley, en el Distrito Nacional, en los de Santiago, La Vega y Duarte, en los que el juzgado ***funciona*** con dos o más cámaras[15].

año J. H. Doucoudray en los meses de octubre y noviembre la expuso en dos artículos del periódico La Nación, creó una verdadera revolución en el ambiente intelectual de la época. Esa doctrina fué también apoyada por el Lic. Leoncio Ramos, otro acucioso Juez y Profesor Universitario. Posteriormente con el ingreso como Juez Presidente de la Suprema Corte de Justicia del Lic. Hipólito Herrera Billini, la t«oría comenzó a recibir nuevas aplicaciones y concreciones que presagiaban una alborada en el movimiento de autodeterminación jurídica o por lo menos el comienzo sin interrupción de la misión patriótica de nuestros juristas de ir poco a poco rompiendo el cordón umbilical que nos une a Francia, como si aún fuéramos niños sin capacidad de vida propia. Para damos una idea de la importancia que tuvo esta teoría en esa época, recordemos que la misma fué acogida y consagrada no solo en esta obra, sino también en el ante-proyecto de Código de Procedimiiento Civil de Doucoudray, en las notas de cátedras de Derecho Procesar Penal del Lic. Ramos, y en las cátedras de Procedimiento Penal del Lic. Hipólito Herrera Billini. Más tarde, los Dres. Herrera, Pellerano y Castillo, tratan el principio en la obra Derecho Procesal Penal, sosteniendo la tesis de la existencia conjunta del mismo principio con la plenitud de jurisdicción. Otros juristas dominicanos como el Dr. Salvador Jorge Blanco, también han hecho serios estudios acerca de ese importante principio. Empero, la escuela contraria ya existente en aquel momento, la que presume la necesidad de seguir oopiando sin dar oportunidad al fenómeno de transformación lógica, realmente está triunfante.

(Extracto del discurso del Dr. Froilán J. R. Tavares en la presentación de la obra Historia del Derecho Dominicana, de W. Vega).

(15) La L. 248 del 17 de enero de 1981, modificó la distribución anterior, estableciendo la siguiente: en el j. de primera instancia del Distrito Nacional habrá cinco cámaras civiles y comerciales, una de trabajo y diez penales; en Santiago, dos cámaras civiles, comerciales y de trabajo y tres penales; en La Vega, una cámara civil, comercial y de trabajo y dos penales; en Duarte una cámara civil, comrcial y de trabjo y dos penales; en Puerto Plata, una cámara civil, comercial y de trabajo, y una penal; en San Cistóbal, una camara civil, comercial y de trabajo y una penal; en Barahona, una camara civil, comercial y de trabajo y dos penales; en San Juan de la Maguana, una cámara civil, comercial y de trabajo, y una penal; en El Seybo, una camara civil comercial y de trabajo, y una penal; en San Pedro de Macons, una ca-

Parece que, no obstante las expresiones de la ley, relativamente a la "plenitud" de jurisdicción ni el establecimiento de varios juzgados en un mismo distrito, sistema adoptado para la provincia de Santo Domingo por el antiguo art. 43, ni mucho menos la división del juzgado en cámaras, sistema adoptado actualmente para los distritos supraindicados, constituyen limitaciones a una "plenitud" de jurisdicciones que no conocemos, sino meras restricciones a la unidad de la jurisdicción judicial del j. de p. i.

Aun dividido en cámaras, el j. de p. i. es un tribunal único dentro del cual, puesto que *funciona* con dos o más cámaras, cada cámara es parte de un mismo tribunal: si la cámara de lo civil y comercial conoce de un asunto represivo, o si la cámara de lo penal conoce de un asunto civil o comercial, nos encontramos frente a una nulidad de procedimiento, y no frente a un vicio de incompetencia en que incurriera el juez que haya dictado la sentencia/[16]'

Competencia expresamente conferida. Como se ha expuesto, la competencia de j. de p.i. es de derecho común, según resulta del art. 45 de la L. de O. J.; luego, basta determinar los casos en que el juzgado de paz y el T. de T. tienen competencia, para dejar establecido, por razonamiento a contrario, el campo de la competencia de atribución del j. de p. i. Sin embargo, en ciertos casos la ley determina expresamente que el j. de p. i. es el único tribunal competente para conocer de ciertos asuntos civiles, y le confiere, de un modo general, competencia para conocer de los asuntos comerciales. Los principales casos de esta competencia expresa se mencionan a continuación.

Cuestiones de estado personal. Son las relativas a la nacionalidad, al matrimonio y a la filiación (art. 326 del C. Civil 426 del C. de Pr. Civil-; pero de estas cuestiones conoce el **T.** de T. cuando son conexas a un asunto de su competencia.

mara civil, comercial y de trabajo y unapenal; en La Romana, una Cámara Civil, Comercial y de trabajo, y unapenal; en Valverde, una cámara civü, comercial y de trabajo y una penal; en Monte Cristy, una Cámaracivil, comercial y de trabjo y una penal.

(16) Las aplicaciones jurisprudenciales al principio de la unidad de jurisdicción las encontramos a partir de 1936, en múltiples sentencias de laS. C. de Jus-

Cuestiones inmobiliarias petitorias. Con excepción de las acciones posesorias, de que conoce el juzgado de paz en virtud del art. 1o. 5o., todas las acciones inmobiliarias, tanto reales como personales, son de la competencia exclusiva del j. de p. i.; pero estas acciones pasan a ser de la competencia del T. de T. cuando tienen por objeto inmuebles en los cuales se ha dado comienzo a una mensura catastral (art. 7 y 269 de la L. de R. de T.; (Casación, 24 de junio de 1932, B. J. 263, p. 14), o terrenos registrados (art. 7 de la L. de R. de T.).

Títulos ejecutorios. Son (art. 545 del C. de P. Civil, 7 y s. y 269 de la L. de R. de T.) aquellos actos que sirven de fundamento a la ejecución forzosa sobre los bienes o la persona del deudor: 1o. las primeras copias de las sentencias y otras decisiones judiciales que contengan condenación; 2o. las primeras copias de los actos notariales que contengan obligación de pagar sumas de dinero; 3o. los certificados duplicados de título.

Los art. 442 y 553 declaran incompetente al tribunal de comercio para conocer de las dificultades relacionadas con la ejecución de sus sentencias; pero en virtud del principio de la unidad de jurisdicción judicial con que se halla investido elj. de p. L, es preciso interpretar esos textos como significando que las dificultades surgidas en la ejecución de las sentencias

ticia, tanto en materia civil y comercial, como enmateria penal. Por un lado, nuestro ms alto tribunal ha estatuido que no tiene aplicación las demandas en declinatoria de incompetencia, en los casos de demandas civiles y comerciales, sino que son casos de nulidad de procedimiento, cuyairregularidad solo puede ser declarada a pedimento de parte interesada (v. Casación, 16 de juniode 1947, B. J. 443, p. 348; 20 de febrero de 1953, B. J. 511, p. 218; 28 de enero de 1949, B. J. 462, p. 42). Para asuntos llevados en la forma de los referimiento, v. Casación, 16 de junio de 1966, B. J. 667, p. 876. Por otro lado la S. C. de Justicia ha dicho que los tribunales penales son competentes, en virtud de lo dispuesto por el Art. 3 del C. de Pr. Criminal y 43 del C. de Pr. Civil, para estatuir accesoriamente sobre la acción civil, cuando, no obstante el descargo, subsiste un delito o cuasi delito civil, y siempre que la condenación en reparación de daños y perjuicios esté fundamentada en los mismos elementos de hecho que constituyen el objeto de la prevención y no sea contradictoria con el fallo de la acción pública. Que ello es asi tanto en los tribunales divididos en cámaras, como lo formados por una sola cámara (v. Casación, 28 de febrero de 1952, B. J. 499, p. 304; 8 de octubre de 1952, B. J. 507, P. 565-1972; 30 de agosto de 1957, B. J. 565, p. 1769; 2 de agosto de 1957, B. J. 565, p. 1613; octubre 1957, B. J. 567, p. 2102. Sobre las limitaciones al principio antes anunciado, v. Casación, septiembre de 1958, B. J. 578, p. 2036.

dictadas en materia comercial deben ser sometidas al j. de p. i., no en la forma del procedimiento comercial, sino en la forma del procedimiento de los asuntos civiles. La misma regla se aplica, por analogía, a las dificultades surgidas en la ejecución de las sentencias del juzgado de paz. El art. 1021 dispone de un modo análogo respecto de las sentencias arbitrales. En cambio el T. de T. tiene competencia exclusiva para conocer de las dificultades relativas a la ejecución de sus sentencias (art. 85 de la L. de R. de T.).

El j. de p. í tiene asimismo competencia exclusiva para conocer de las dificultades relacionadas con la ejecución de una primera copia ejecutoria de uno de los actos notariales mencionados en el art. 545.

Son igualmente de la competencia del j. de p. i. las dificultades que se presenten en la ejecución de una hipoteca registrada, o sea de un duplicado certificado de título de acreedor hipotecario (art. 10 de la L. de R. de T.; Casación, 30 de enero de 1950, B. J. 479, p. 45).

Asuntos comerciales. Los art. 631 y s. del C. de Comercio daban competencia exclusiva al j. de p. i para el conocimiento de las contestaciones relacionadas con los actos de cocomercio, las que deben serle sometidas mediante el procedimiento comercial, regulado por los art. 414 y s. Actualmente los j. de paz conocen también de asuntos comerciales, según dispone el art. lo. mod. por la L. 845 de 1978.

Además de esa competencia general, algunas disposiciones particulares han puesto a cargo del j. de p. i. ciertas contestaciones comerciales de carácter especial.

Sociedad de comercio. Son de la competencia del j. de p. i., de acuerdo con el art. 631-2o. delC. de Comercio, "las contestaciones entre asociados por razón de una compañía de comercio", lo que incluye, de acuerdo con la opinión general, las demandas de un asociado contra otro, de un asociado contra la sociedad, de la sociedad contra un asociado, las acciones en responsabilidad contra los administradores, y las acciones en nulidad o en disolución de la sociedad.

Quiebra, El j. de p. i. tiene competencia exclusiva para pronunciar la quiebra, de acuerdo con el art. 438 del C. de Comercio. Además, según lo dispone el art. 635 del C. de Comercio, el j. de p. L conoce de "todo lo concerniente a la quiebra". Esta última disposición, no obstante su aparente generalidad, no alcanza indistintamente a todas las acciones que pueden ser incoadas después de la declaración de quiebra. Hay que establecer una distinción. Deben ser intentadas en la forma comercial todas las acciones, aun civiles por su naturaleza, que tengan su causa exclusivamente en la quiebra, esto es, que no hubiera podido surgir sin la declaración de quiebra. Así, por ej., son comerciales: las acciones intentadas por el síndico, en virtud de los art. 446 y 447 del C. de Comercio, para pedir la anulación de los actos consentidos por el quebrado durante el período sospechoso; las acciones ocasionadas en la gestión de la quiebra; la acción tendiente a declarar un privilegio contra la masa, aun en provecho de un crédito no comercial. Por el contrario, no se consideran asuntos comerciales, sino* civiles, aquellos procesos que no nacen del hecho de la quiebra, ni de la administración de la quiebra, como por ej.: la reivindicación de un inmueble; la demanda en partición de una sucesión; las acciones relativas a los contratos sobre los cuales la quiebra no ha tenido ninguna influencia.

Factores y **dependientes.** Estas personas no son comerciantes, ni hacen actos de comercio en su nombre, sino en nombre de sus patronos; pero el art. 634 del C. de Comercio somete al procedimiento de los asuntos comerciales las demandas intentadas contra ellas por sus patronos, por terceros o por otros empleados, cuando esas demandas son relativas a las operaciones del comercio en que dichos factores y dependientes se hallan empleados.

Letras de cambio y **pagarés.** Tienen carácter comercial las acciones originadas en estos efectos de comercio, no tan sólo cuando llevan únicamente firmas de comerciantes, puesto que se trata entonces de contestaciones entre comerciantes a propósito de un acto de comercio, sino asimismo cuando llevan también firmas de no comerciantes, aun cuando la ac-

ción es dirigida contra un no comerciante (art. 637 del C. de Comercio).

Actos mixtos. El acto que origina la demanda puede ser mixto, esto es, comercial para una de las partes y civil para la otra, como por ej. la compra hecha a un comerciante por un particular. Es la situación del demandado lo que determina la forma del procedimiento que debe seguirse. Contra el demandado comerciante se empleará el procedimiento comercial; contra el no comerciante la demanda será intentada en la forma de los asuntos civiles ante el j. de p. i., si el valor de la demanda excede 1,000 pesos, (art. 45 de la L. de O. **J.,** lo. pár. capital del C. Pr. Civil, mod. por la L. 845 de 1945).

Procesos mixtos.(17) Los actos o hechos sobre los cuales recae el proceso pueden ser, unos de carácter comercial, otros de carácter civil. Si no hay indivisibilidad ni conexidad entre esos diversos puntos, cada uno será sometido al procedimiento correspondiente, comercial o civil. Si hay indivisibilidad, todo el proceso deberá ser instruido en la forma de los asuntos civiles, por ser la de derecho común. Si hay simplemente conexidad, el asunto será instruido civil o comercialmente, según que sea civil o comercial el acto o el hecho más importante.

La misma solución se impone en caso de pluralidad de demandados, comerciantes y no comerciantes. Si hay indivisibilidad o solidaridad, el procedimiento civil o el comercial pueden ser empleados, salvo que el tribunal ordene el desglose de las demandas a fin de que sean instruidas cada una con su procedimiento peculiar. Pero si se trata de signatarios de una letra de cambio o un pagaré a la orden debe emplearse el procedimiento comercial, conforme al art. 637 del C. de Comercio.

Cuantía de la demanda. La competencia en **materia** comercial era únicamente cualitativa, a diferencia **de la competencia** para conocer de los asuntos civiles. El juzgado de **paz**

(17) Glassoü y'Tissier, Traite, II, 335.

era competente, en efecto, para conocer de algunos asuntos civiles, en razón de la cuantía de la demanda; pero no conocía de los asuntos comerciales; esta atribución corrrespondía exclusivamente al j. de p. i.

La competencia atribuida a los **J.** de paz de acuerdo con el art.. lo. del C. de Pr. Civil, modificado por la L. 845 de 1978, para conocer de "todas las acciones puramente personales o mobiliarias en única instancia, tanto en materia civil como comercial hasta la concurrencia de la suma de quinientos pesos y cargo de apelación hasta el valor de mil pesos" hace desaparecer la competencia exclusiva del j. de p. i., para conocer de los asuntos comerciales.

Podría plantearse entonces, en vista de esta amplitud de su competencia, si el **J.** de Paz es un tribunal de derecho común o de excepción. Esta cuestión ha sido en Francia muy controvertida sobre todo a partir de las reformas introducidas mediante la Ley 10 de julio de 1970, que conduce, según se afirma, a la absorción de los tribunales de Instancia por los tribunales de Primera Instancia, con el riesgo de hacer perder a los primeros sus carácterísticas y espíritu propios. Las opiniones se inclinan en el sentido de que los tribunales de Instancia siguen siendo jurisdicciones de excepción.[18]

SECCION II - JUZGADOS DE PAZ

Atribución de competencia.. El juzgado de paz es un tribunal llamado a administrar justicia de un modo simple, rápido y económico. Su competencia de atribución es: cualitativa para ciertos asuntos muy sencillos; cuantitativa, para algunos asuntos de poco valor pecuniario.

Los asuntos de que conoce el juzgado de paz pueden ser agrupados en dos categorías: una que se designa como competencia general, u ordinaria; otra que se puede llamar competencia especial, o extraordinaria.

Competencia general. El art. lo. mod. por la L. 845 de

(18) Jean Vicent, Procftdure Civile, 19va. ed. Pág. 326 H. Solus y R. Perrot, Droit Judicial« Privé, tomo II, pág. 114.

1978 confiere al juzgado de paz competencia para conocer de todas las acciones *puramente personales o mobiliarios,* en instancia única tanto en materia civil como comercial hasta el valor de 500 pesos, a cargo de apelación hasta el valor de 1,000 pesos.

Hay que entender por puramente personales o mobiliarias, con relación a la competencia del juzgado de paz, las demandas que se refieren a las acciones personales mobiliarias y a las reales mobiliarias, de carácter civil o comercial. No son por consiguiente de la competencia del juzgado de paz sino del J. de P. I. las acciones inmobiliarias, personales o reales (con excepción de las acciones posesorias.

Competencia especial. Además de esa competencia general, la ley atribuye al juzgado de paz competencia especial o extraordinaria, para conocer de ciertos asuntos, en razón de ser el juez más cercano de las partes o del objeto del litigio, o más apto para conocer y aplicar los usos locales.

Estos asuntos pueden clasificarse en cinco grupos: lo. acciones de que el J. de Paz conoce siempre en instancia única, sea cual sea la cifra de la demanda; 2o. acciones de que el J. de Paz conoce sin apelación hasta 500 pesos y a cargo de apelación entre 500 a 1,000 pesos; 3o. acciones de que el J. de Paz conoce sin apelación hasta la suma de 500 pesos y a cargo de apelación por encima de 500 pesos sea cual sea la cifra de la demand^; 4o. acciones de que el J. de Paz conoce sin apelación hasta 300 pesos y a cargo de apelación hasta la suma de 1,000 pesos; 5o. las acciones de que conoce el J. de Paz siempre a cargo de apelación sea cual sea el valor de la demanda.

Primer grupo. En materia de accidentes del trabajo el juzgado de paz conoce en instancia única, sea cual sea la cifra de demanda, de las contestaciones relativas a las indemnizaciones temporales y gastos funerarios (art. 11 de la L. 385 de 1932 de accidentes de trabajo).

Segundo grupo. El juzgado de paz conoce de las siguientes acciones, sin apelación hasta 500 pesos, y, a cargo de ape-

lación, por encima de 500 hasta 1,000 pesos, límite de la competencia del j. de p. i. en instancia única:

1o. *Las contestaciones entre hosteleros o fondistas y huéspedes, y los viajeros o inquilinos de habitaciones amuebladas,* relativamente a gastos de posada, y pérdida o avería de los efectos depositados en el hotel o la fonda (art. 1o., 1o.).

2o. *Las contestaciones entre los viajeros y los conductores de carga por agua y tierra,* por demora, gastos de camino y pérdida o avería de efectos de los viajeros (art. 1,1o. 2).

3o. *De las contestaciones entre viajeros y los talabarteros y fabricantes de árganas y serones,* por suministros, salarios y reparaciones de aperos y objetos destinados al viaje (mismo texto).

Tercer grupo. El juzgado de paz es competente para conocer de las siguientes acciones, en instancia única hasta la cuantía de 500 pesos, a cargo de apelación por encima de 500 pesos y sea cual sea la cifra de la demanda (Casación, 11 de junio de 1952, B. J. 503, p. 1053):

1 o. *De las acciones relativas al contrato de locación,* esto es (art. 1o. 2o.): en pago de alquileres o arrendamientos; en desahucio; en resolución del contrato, cuando se funda en la falta de pago de alquileres o arrendamientos; (v. Casación, 11 de junio de 1952, B. J. 503, p. 1056) en validez, nulidad o levantamiento de los embargos practicados en virtud de los art. 819 y 820; de las mismas demandas sobre el embargo en reivindicación de los muebles quitados de los lugares sin el consentimiento del propietario, practicado de acuerdo con los arts. 2102-1 o. del C. Civil y 819 del C. de Pr. Civil, siempre que no haya contestación de parte de terceros. En todos esos casos, el art. 1o. 2o. decide: que si el precio de la locación consiste en frutos, géneros o prestación en naturaleza, estimables conforme al precio del mercado, el avalúo se hará por el valor en el día del vencimiento de la obligación, si se trata del pago de arrendamientos, y en los otros casos por el precio del mercado en el mes que precede a la demanda; que si el precio del arrendamiento consiste en prestaciones no estima-

bles por el precio del mercado, o si se tratare de arrendamiento a un colono aparcero, la competencia se determinará mediante avalúo hecho por peritos.

2o. ***De las demandas en reparaciones locativas*** de las casas o predios rústicos puestas por la ley a cargo del inquilino si no hay contestación sobre el derecho a la indemnización (art. lo. 4o. 2o.).

3o. *De las acciones noxales* o por daños acusados a los campos, frutos y cosechas, sea por el hombre o por los animales, fundadas en los art. 1383 y s. del C. Civil (art. lo. 4o. lo.)

4o. *De las acciones relativas a la limpieza de los árboles y cercas, y entretenimiento de zanjas o canales destinados al riego - de las propiedades o al impulso de las fábricas* cuando no hubiere contradicción sobre los derechos de propiedad o de servidumbre *(lo. 4o. lo.)*

5o. De algunas demandas relativas al contrato de trabajo: entre jornaleros y sirvientes y los que los hubieren empleado; entre maestros de oficio y operarios y aprendices (art. lo. 4o. 3o.) (v. Casación lo. de junio de 1916, B. J. 71-72, p. 5); y en general, las demandas relativas al contrato de trabajo (art. 48 y 61 de la L. 637 de 1944 mantenidos en vigor por el Código de Trabajo).

6o. De algunas acciones civiles originadas en infracciones penales, cuando las partes no hayan apoderado ia jurisdicición represiva: por difamación verbal; por injurias públicas o no públicas, verbales o por escrito, que no sean hechas por medio de la prensa; por riñas y vías de hecho (art. 1 o. 4o. 4).

Cuarto grupo. Elj. de Paz conoce de las siguientes acciones sin apelación hasta la suma de 300 pesos, y a cargo de apelación hasta 1,000 pesos:

lo. De las demandas de indemnizaciones reclamadas por el inquilino o el arrendatario por interrupción del goce del inmueble, cuando el derecho a la indemnización no fuere contestado (art. lo. 3o. 1.)

2o. De los deterioros y pérdidas en los casos previstos por los Arts. 1732 y 1735 del C. Civil excepto las que se refiéren a los acusados por incendio o inundación, que entran

en su competencia solamente en los límites indicados por el Art. lo. párrafo capital (Art. lo. 3o. 2).

Quinto grupo. El J.de Paz conoce siempre en primera instancia, sea cual sea el monto del litigio, de las siguientes acciones:

lo. las *acciones posesorias y ciertas acciones análogas* (art. lo. 5o.): querella posesoria, denuncia de obra nueva, reintegrada; demandas relativas al curso de las aguas que sirven riego a las propiedades, al impulso de las fábricas o al abrevadero de los animales en los lugares de crianza, sin perjuicio de las atribuciones de la autoridad administrativa, y bajo reserva de lo dispuesto en legislación especial.

2o. *acciones diversas relativas a los límites entre las fincas* (lo. 5o.): demandas en limitación o acotamiento; demandas relativas a la distancia prescrita por la ley o los reglamentos para la siembra de árboles o colocación de empalizadas o cercas; las demandas relativas a las construcciones y trabajos mencionados en el art. 674 del C. Civil. La competencia del j. de paz está sujeta a que no haya contestación acerca de los títulos invocados por las partes, o de los derechos de propiedad o de medianería. Desde que se haya dado comienzo a una mensura catastral la competencia para conocer de estas contestaciones pasa al T. de Tierras (art.269 de la L. de R. de T.).

3o. De las *demandas sobre mensura, apeo y deslinde* de tierras practicados de acuerdo con la L. de Agrimensura del 30 de junio de 1882 (art. 17 de la L. de Agrimensura, lo.-10 del C. de Pr. Civil).

4o. De las demandas en pago de pensiones alimenticias fundadas en los art. 205, 206 y 207 del C. Civil siempre que no excedan de 1,000 pesos anuales (mismo texto).

5o. De las *contestaciones entre esposos relativamente a los gastos domésticos y de educación de los hijos* (art. 214 del C. Civil, mod. por la L. 855 de 1978.

Carácter de esta competencia. Siendo el J. de Paz una jurisdicción excepcional, no puede conocer sino los asuntos que le son expresamente atribuidos por la ley, sea en razón de su

naturaleza, lo que constituye el criterio cualitativo de la competencia, sea en razón de su cuantía lo que es el criterio cuantitativo de la competencia. Para todo otro asunto la incompetencia del J. de paz es absoluta. Así ocurre por ej., respecto de las siguientes materias; demanda de alquileres o arrendamientos si el contrato es contestado (Casación, 28 de febrero de 1954. B. J. 499, p. 319; mareo 1958; B. J. 572, p. 480; enero 1959, B. J. 582, p. 116; 28 de agosto de 1957, B. J. 565; p. 1722); demandas de cuantía indeterminada (Casación 11 de julio de 1927, B. J. 204, p. 15; 28 de septiembre de 1932, B. J. 266, p. 15); demandas en cobro del importe de servicios prestados por una persona que no está a jornal ni es asalariada del demandado (Casación lo. de junio de 1915. B. J. 71-72, p. 5).

SECCION III - TRIBUNAL DE TIERRAS

Su carácter especial. El T. de T., cuando conoce "en jurisdicción original", esto es , en primera instancia, de los asuntos de su competencia, no presenta todos los caracteres de una jurisdicción del primer grado, puesto que las sentencias así dictadas pasan de oficio al examen del T. S. de T., para su revisión, pudiendo entonces ser aprobadas, reformadas o anuladas (art. 124 de la L. de R. de T.). Es en realidad la aprobación del T. S. de T. lo que adquiere la autoridad de la cosa juzgada y recibe ejecución con el decreto de registro (art. 150 de la L. de R. de T.). No obstante, para los efectos del estudio de la competencia, debe considerársele como una jurisdicción del primer grado.

Diversas atribuciones jurisdiccionales. El T. de T., como jurisdicción de primera instancia, lo mismo que el j. de p. i. y el j. de paz, tiene lo que podría llamarse una competencia general dentro de la especialidad de sus atribuciones jurisdiccionales, que es el proceso de saneamiento inmobiliario, y una competencia especial en ciertos casos.

Competencia general. El T. de T. tiene competencia ex-

elusiva para conocer del proceso de saneamiento inmobiliario que incluye las *acciones personales y reales inmobiliarias, y las acciones personales inmobiliarias* que tiendan a reconocer un arrendamiento, cuando esas diversas acciones sean relativas a terrenos en los cuales se ha dado comienzo a una mensura catastral, en los términos previstos por los art. 7 y 11 de la L. de R. de T.

Competencia especial. Aparte de esa competencia de carácter general, el T. de T. tiene en ciertos casos competencia exclusiva para conocer de algunos procesos: contestaciones sobre terrenos registrados (art. 7 de la L. de R. de T., Casación, jubo 1961, B. J. 612, p. 1399); demandas de indemnizaciones por ciertas pérdidas ocasionadas con la aplicación de la ley (Art. 225 de la L. de R. de T.).

SECCION IV - CORTE DE APELACION

Casos. En ciertos asuntos, como por ej. en el incidente relativo a la recusación de sus jueces, la c. de a. actúa como tribuna] de primer grado.

Recurso. La sentencia de la c. de a. en estos casos es apelable ante la S. C. de J. (infra, libro VIII).

SECCION V - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Casos. Conforme a lo que dispone el art. 164 de la L. de O. J. la S. C. de J. es competente para conocer de ciertos incidentes relativos al tribunal: designación de jueces (art. 363 y s.); recusación de sus propios jueces (art. 378 y s.); demandas en responsabilidad civil contra los jueces de la c. de a y contra sus propios jueces (art. 509).

Carácter. En estos casos el fallo es en instancia única.

SECCION VI - TRIBUNAL DE CONFISCACIONES

Carácter de su competencia. De conformidad con lo dispuesto por el Art. 5 de la L. 5924 de 1962, este tribunal tiene atribuciones civiles y penales.

En materia civil es competente para conocer: a) de todas las contestaciones que se originen o tengan por objeto bienes confiscados; b) de todas las acciones intentadas por el Estado tendientes a la recuperación de bienes; c) de todas las.decisio-

nes tomadas por el Secretario de Estado de Propiedades Públicas en relación con las empresas o compañías intervenidas; d) de todas las controversias que surjan en relación con la propiedad de las acciones de las compañías intervenidas; e) de las acciones en liquidación, y partición de bienes en estado de indivisión, entre el condenado a la confiscación general de bienes y cualesquiera otra persona; f) de las acciones intentadas contra los causahabientes de las personas cuyos bienes han sido confiscados; g) de las acciones intentadas por las personas peijudicadas por el abuso o usurpación de poder.

Recursos. De acuerdo con el art. 22 de la L. 5924 de 1962, las sentencias en defecto del Tribunal de Confiscaciones podrán ser recurridas en oposición; pero no serán susceptibles del recurso de apelación.

CAPITULO III - TRIBUNALES DE SEGUNDO GRADO

SECCION I - PRINCIPIOS GENERALES

Cuáles son. Los tribunales del segundo grado son: la c. de apelación, que conoce de las apelaciones interpuestas contra las sentencias del j. de primera instancia; el j. de primera instancia, que conoce de las apelaciones de las sentencias dictadas por el j. de paz; el T. de T. de Jurisdicción Original, que conoce, en ciertos casos de las apelaciones de las sentencias de los j. de paz; el T. S. de Tierras, que conoce de las apelaciones contra las sentencias dictadas por el T. de T. en jurisdicción original; excepcionalmente, la S. C. de Justicia, cuando conoce de las apelaciones contra las sentencias de la c. de apelación, en los casos en que ésta conoce de un asunto como juez de primer grado .

Criterios determinantes. La competencia de los tribunales del segundo grado ha sido fijada tomando en consideración una de estas dos cosas:

la. *El valor del litigio* es tomado en consideración para decidir que en algunos casos son únicamente apelables las sentencias del j. de paz que estatuyan sobre litigios cuyo valor es superior a 500 pesos, y las del j. de primera instancia que resuelvan sobre litigios cuyo monto es superior a 1,000 pesos.

2a. *La naturaleza del litigio* es tomada en consideración en los otros casos en que la ley da competencia a los tribunales del segundo grado para conocer de las apelaciones contra las sentencias de los jueces del primer grado, sea cual sea el valor del litigio. Esto ocurre con las acciones posesorias, con las declinatorias de competencia, etc.(19)

La instancia única. Por derogación al principio general que exige que todo proceso debe recorrer dos grados de jurisdicción, se confiere con ciertos casos competencia a un tribunal del primer grado de jurisdicción para decidir en instancia única, esto es sin apelación: para esto se toma en cuenta, sea la naturaleza del litigio, sea el valor de la contestación. Los casos de competencia en instancia única son éstos:

lo. El j. de paz decide en instancia única; las contestaciones relativas a los accidentes del trabajo respecto de las indemnizaciones temporales y a los gastos funerarios (Art. 11 de la L. 385 de 1932); diversas demandas ¡nobiliarias, cuyo valor no pasa de 500 pesos (Art. lo. párr. capital, lo., 2o., 3o. 4o., del C. de Pr. Civil mod. por la L. 845 de 1978).

2o. El j. de primera instancia decide en instancia única en estos casos: acciones cuya cuantía es inferior a 1,000 pesos (art. 43 de la L. de O. J. mod. por la L. 845 de 1978); ciertos incidentes del embargo inmobiliario (art. 730, 746 y 761).

Las sentencias dictadas en instancia única deben ser naturalmente susceptibles de ser impugnadas por el recurso de casación y el de revisión civil, según los casos, excepto cuando la ley declara que no son susceptibles de ningún recurso (ejemplos las del j. de p. i. en los casos de los art. 703 y 730).

Asuntos siempre apelables. En ciertos casos sin embargo, la apelación es siempre posible, sea cual sea el valor del litigio. Así ocurre en materia de competencia (art. 454 del C. de Pr. Civil), en el proceso de saneamiento inmobiliario (art. 120 de L. de R. de T.)(20)

(19) Conviene tener en cuenta respecto de lasdeclintatorias, los Art. 3 a 27 de la L. 834 de 1978.

(20) Este ejemplo podría considerarse así antes de las modificaciones introducidas por los Art. 3 a 27 de la L. 834 de 1978, que derogan en Art. 454 del

Carácter de esta competencia. Las reglas que gobiernan la competencia de los tribunales "del segundo grado son naturalmente de orden público, puesto que se hallan íntimamente ligadas tanto al principio general del doble grado de jurisdicción como a las excepciones a ese principio que resultan de la competencia, en ciertos casos, de los tribunales del primer grado para juzgar en instancia única.

La disposición que prohibe apelar contra las sentencias dictadas en instancia única es de orden público; por consiguiente, es absoluta la incompetencia de la c. de a. para conocer de la apelación contra una sentencia del j. de p. i., y la del j. de p. i. para conocer de una apelación contra una sentencia del juzgado de paz, dictadas en instancia única.

Asimismo es de orden público la disposición que limita a dos los grados de jurisdicción; por lo tanto es absoluta la incompetencia de la c. de a. para conocer de la apelación que se interpusiera contra la sentencia del j. de p. i. que haya estatuido como juez del segundo grado sobre el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del juzgado de paz.

La regla del doble grado de jurisdicción no se aplica con el mismo rigor cuando las partes han renunciado al segundo grado de jurisdicción, que cuando ellas han eludido el primer grado.

Renunciación al segundo grado. Se admite generalmente que las partes que tienen la libre disposición de sus derechos pueden renunciar al segundo grado de jurisdicción, esto es al derecho de apelar contra la sentencia del primer juez. Esta solución no se apoya sobre ningún texto de carácter general, sino en dos disposiciones de carácter particular: el art. 638-1 o. del C. de Comercio, que decide que en materia comercial el juzgado de p. i fallará en última instancia los asuntos en que las partes interesadas declaren su deseo de ser juzgadas sin apelación; el art. 7 del C. de Pr. Civil, que contiene una disposición análoga para el juzgado de paz. Estas disposiciones pueden aplicarse, por analogía, a los asuntos civiles

C. de Pr. Civil. En la actualidad, dos recursos son posibles en materia de declinatorias por incompetencia: la impugnación (contredit) y la apelación. No se puede afirmar hoy categóricamente que las declinatorias son siempre apelables.

de que conoce el j. de p. i.

No hay razón para distinguir entre la renuncia que interviene posteriormente a la demanda y la que se hace antes de lanzarse la demanda. En ambos casos es preciso reconocer a los litigantes capaces el derecho de no usar del recurso de apelación, prestando de ese modo aquiescencia anticipada a la sentencia del juez del primer grado.

Renunciación al primer grado. Las partes no pueden por el contrario, aun de común acuerdo, trastornar el orden de las jurisdicciones sometiendo directamente un litigio al juez del segundo grado, llevando por ej. ante el j. de p. i. un asunto de la competencia del juzgado de paz a cargo de apelación, o a la c. de a. un asunto de la competencia del j. de p. i. a cargo de apelación. Los tribunales del segundo grado han sido instituidos para conocer de los recursos de apelación intentados contra las sentencias dictadas por los jueces de primer grado, no para conocer por primera vez de los litigios que entran en la competencia de esos jueces.

Siendo de orden público las reglas que establecen la competencia de los tribunales del segundo grado, puesto que los circunscriben a su papel de jueces de apelación, es por consiguiente absoluta la incompetencia de estos tribunales para conocer de un proceso atribuido por la ley en primera instancia a un juez del primer grado.

Supresión del primer grado. En ciertos casos un proceso no recorre los dos grados de jurisdicción porque la ley permite o manda apoderar en instancia única a un tribunal que no es del primer grado. Esto ocurre con las demandas nuevas permitidas en apelación (art. 464), y en los casos de avocación (art. 473), en los cuales la c. de a. conoce de cuestiones sometidas al j. de p. Análogamente, las demandas en designación de jueces (art. 363 y s.), y las acciones en responsabilidad civil contra los jueces de la c. de a., son conocidas en instancia única por la S. C. de **J.** (art. 164 de la L. de O. J.)

Demandas nuevas. El art. **464** prohibe, en principio, formar en apelación *demandas nuevas,* o sea demandas no sometidas al juez de primer grado: es una de las aplicaciones del

principio del doble grado de jurisdicción. El juez del segundo grado es pues incompetente para conocer de demandas nuevas. Se admite generalmente que esta incompetencia del juez del segundo grado es meramente relativa. En este caso, en efecto, el primer grado de jurisdicción no ha sido completamente, sino tan sólo parcialmente descartado, puesto que el proceso, en lo que respecta a lo principal de la contestación, fué sometido al tribunal del primer grado; es solamente un punto accesorio o secundario, la demanda o *pretensión* nueva, lo que directamente es sometido al juez de la alzada con ocasión de un proceso que pasó por el primer grado de jurisdicción. Se ha podido considerar por ello como excesivo el atribuir un carácter absoluto a esta incompetencia; por lo tanto, ésta debe ser como toda incompetencia relativa, propuesta/« ***limine litis*** ante el juez del segundo grado.

Avocación. Se admite asimismo que el tribunal del segundo grado, que, en principio, es incompetente para avocar el fondo del asunto fuera de los casos enunciados en el art. 473 adquiere competencia para decidirlo por primera vez cuando ambas partes han presentado conclusiones expresas sobre el fondo.

Evaluación del litigio. Frecuentemente la ley subordina la posibilidad del recurso de apelación al monto pecunario del litigio, de tal manera, que, como se ha visto, por debajo de cierta cantidad el juez del primer grado estatuye en instancia única. Para determinar el valor del litigio y decidir en consecuencia si una sentencia es apelable se siguen las siguientes reglas:

la. Se debe tomar en cuenta, para evaluar el monto de la contestación, la cifra de la demanda, y no la suma otorgada por el juez (Casación, 20 de enero de 1930, B. J. 234-239, p. 11). No podría defender en efecto, del juez del primer grado hacer inapelable su sentencia, condenado al demandado al pago de una suma inferior a la tasa de su competencia a cargo de apelación.

2a. La cifra de la demanda es fijada por las últimas conclusiones del demandante, sea cual sea el importe pedido en la citación. Si el demandado reduce la demanda a la tasa de

competencia del juez del primer grado en instancia única, la sentencia será inapelable; si, por el contrario, él aumenta la demanda por encima de esa tasa, la sentencia será apelable.

3a. La competencia en instancia única o a cargo de apelación es determinada exclusivamente por lo *principal* de la demanda; sus accesorios no se toman en cuenta para esta evaluación (Casación, 15 de abril de 1932, B. J. 261, p. 24).

Principal y accesorios. Lo principal del litigio comprende, además del *capital, los frutos y los intereses* adeudados al día de la demanda. Por el contrario, no son tomados en cuenta, para los efectos de la competencia, los *accesorios,* o sea los frutos e intereses producidos después de iniciada la instancia: la demanda, acto que da nacimiento a la instancia, es lo que determina el carácter apelable o inapelable de la sentencia

Conformidad parcial del demandado. El reconocimiento parcial por el demandado de las pretensiones del demandante no influye sobre la apelabilidad de la sentencia, sino cuando el demandante reciba completa satisfacción como consecuencia de ese reconocimiento. Si, por ej., el demandado a quien se le reclaman 1,000 pesos reconoce deber 800, y, antes de la sentencia, ha pagado esa cantidad, o ha hecho ofertas reales aceptadas, o ha opuesto la compensación legal hasta concurrencia de esa suma, la sentencia que condena al pago del remanente de 200 pesos es inapelable. En este caso, en efecto, el proceso queda extinguido en la medida del reconocimiento hecho por el demandado. Por el contrario, un reconocimiento que no revista esos caracteres no quita al demandante el derecho de apelar contra la sentencia que no ha acogido totalmente sus petensiones.

Evaluación de lo principal. Este problema no existe cuando el objeto de la demanda es el cobro de una suma líquida de dinero. Pero cuando el objeto de la demanda es de valor indeterminado hay que distinguir entre si es o no es susceptible de evaluación pecunaria.

La apelación es siempre posible cuando el objeto de la demanda no es susceptible de evaluación pecunaria, como en las acciones en reclamación de estado.

Cuando el objeto del proceso, aunque de valor indeter-

minado, es susceptible de evaluación pecuniaria, como por ej. la entrega de cosas muebles, la ejecución de una obligación de hacer, la apelación es igualmente posible, a menos que las partes hayan estado de acuerdo en atribuirle un valor inferior a la tasa de la competencia en instancia única (Casación: 11 de julio de 1927, B. J. 204, p. 15; 28 de septiembre de 1932, B. J. 226, p. 15). Pero no bastaría, para evitar el recurso de alzada que la evaluación haya sido hecha por el demandante, sino que es preciso, además, que el demandado la acepte, expresa o implícitamente.

Pluralidad de demandas principales. El demandante puede reunir varias demandas en una misma citación.

Cuando esto ocurre ante el j. de paz, el art. 1o. 8o. mod. por la L. 845 de 1978 dispone en primer lugar, que el asunto será juzgado a cargo de apelación si el valor total excediera de 300 pesos, aunque alguna de las demandas fuese inferior a esa cantidad; en segundo lugar, que el j. de paz será incompetente para conocer del todo si la suma de las demandas excediese del limite de su competencia. Para determinar si la competencia del j. de paz es en instancia única, o a cargo de apelación, es preciso, pues, adicionar las demandas, aunque no tengan ninguna relación las unas con las otras.

Aunque sobre este asunto no existe en la ley ninguna disposición general, se admite que el Art. 1o. 8o. es aplicable a la competencia del j. de primera instancia.

Demandas incidentales. En caso de que se haya interpuesto una demanda reconvencional el artículo 7o. del C. de Pr. Civil, mod. por la L. 845 de 1978, para el j. de paz, y el Art. 639 del C. de Comercio, para los asuntos comerciales, disponen que la competencia del j. de paz o del j. de primera instancia será en instancia única solamente cuando ni la demanda principal ni la demanda reconvencional excedan la tasa de esa competencia (500 pesos para el j. de paz, 1,000 pesos para el j. de primera instancia); por el contrario, si una de las demandas; la principal o la reconvencional, excede de la cuantía de la instancia única, el asunto será juzgado a cargo de apelación. Las demandas no se adicionan, como en el caso de pluralidad de demandas principales, sino que conservan su

individualidad para la determinación de la competencia.

En lo que respecta a la demanda *incidental* en intervención, hay que distinguir: La intervención *accesoria* como la que emana del acreedor de una de las partes, no altera las reglas normales de la competencia, porque el interviniente en este caso no intenta demanda alguna, sino que se limita a sostener la causa de una de las partes. Esta demanda, por consiguiente, sigue la suerte de la demanda principal desde el punto de vista del recurso de apelación. Por el contrario, como en caso de intervención *principal* el demandante sostiene un derecho propio, distinto de las pretensiones del demandante o del demandado, el monto de su demanda independientemente del de de la demanda principal, es lo que debe tomarse en consideración para decidir si la sentencia es o no apelable.

Daños causados por la demanda. En materia comercial y para los asuntos de que conoce el j. de paz está sometida a reglas especiales la demanda reconvencional en cobro de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados al demandado con el hecho de la demanda principal, en cuanto a la competencia en instancia única o a cargo de apelación.

Para las materias comerciales, el Art. 640 del C. de Comercio, por derogación al principio enunciado en el Art. 639-3o., estatuye que el j. de primera instancia decidirá en último recurso sobre estas demandas reconvencionales, sea cual sea su monto; la competencia delj. de primera instancia es, pues, en este caso, siempre en instancia única. Se da por motivo de esta disposición que, muy frecuentemente, los demandados aducen agravios infundados, o exageran el monto de los daños y perjuicios que pretenden haber experimentado. Esta regla no se aplica a la demanda reconvencional en indemnización cuya causa es anterior a la demanda principal.

Para los asuntos de la competencia del j. de paz el Art. 1o. 6o. in fine mod. por la L. 845 de 1978, decide, contra lo dispuesto en la parte inicial del texto, que el j. de paz es competente para conocer de esas demandas reconvencionales sea cual sea el monto, por consiguiente aunque excedan el ***límite*** de su competencia por ser superiores a 500 pesos; pero la sen

tencia del j. de paz estará sujeta a la apelación si el monto de la demanda reconvencional en daños y perjuicios pasa de 500 pesos, tasa de su competencia en instancia única, aun cuando la demanda principal no sea superior a esa cantidad.

La ley no ha previsto nada con respecto a los asuntos civiles de la competencia del j. de primera instancia. Entre las dos reglas anteriormente indicadas, parece preferible extender a estas materias la dictada para el j. de paz por el Art. lo. 6o., por ser más conforme al derecho común, en que la apelación existe siempre, a menos de disposición contraria de la ley.

Por tanto a diferencia de lo decidido para los asuntos comerciales, será apelable en este caso la sentencia dictada en materia civil por el j. de primera instancia aun cuando la demanda principal sea inferior a 1,000 pesos.

Litisconsorcio. Varios demandantes pueden, ejerciendo cada uno de ellos un derecho distinto del de los demás, incoar una acción contra un solo demandado (supra): cuando varios acreedores demandan colectivamente a un deudor o cuando varios damnificados demanden colectivamente al responsable del daño causado a todos ellos, existen tantos litigios como demandantes; la reunión de las varias demandas en una sola citación deja intacta la individualidad de cada una. Por consiguiente, la sentencia será, respecto de cada una de las demandas, en instancia única o a cargo de apelación de acuerdo con su monto respectivo.

La misma solución es admitida en los casos de demanda colectiva intentada por varios demandantes que actúan en virtud de un título común, como por ej. cuando los herederos del acreedor demandan al deudor en cobro del crédito de su autor, o cuando varios demandantes portadores de un título colectivo demandan conjuntamente al deudor común. Con respecto al caso de los coherederos demandantes se argumenta que por aplicación del principio de la división de pleno derecho de los créditos y las deudas (art. 1220 del C. Civil), se debe tomar en cuenta, no el total, sino la parte proporcional del crédito correspondiente a cada coheredero demandante; de esto resulta que la sentencia será en instancia única o a cargo

de apelación según sea el monto de la parte correspondiente a cada coheredero.

La regla de competencia, admitida para el caso de domandantes coherederos, se aplica también, por analogía, a las demandas colectivas intentadas por cualquiera otros acreedores/[2]"

Inversamente, un demandante puede demandar colectivamente a varios demandados, lo que ocurre cuando él tiene contra los demandandos un título común, por ej.: si demanda a los herederos de su deudor en cobro de la deuda de éste; si el demandante reúne en una misma instancia sus reclamaciones contra diversos demandados que no se hallan obligados conjuntamente en virtud de un título común como por ej. si el acreedor de varios deudores los cita conjuntamente para que cada uno se oiga condenar al pago de su respectiva deuda, o si el damnificado por un delito demanda colectivamente a los autores del delito en reparación del daño. En estas hipótesis, en que hay pluralidad de demandados se aplican, por identidad de motivos, las mismas soluciones indicadas para los casos de pluralidad de demandantes: la sentencia será en instancia única, o a cargo de apelación, no de acuerdo con el total de lo reclamado en la demanda, sino de acuerdo con el monto particular de la deuda de cada demandado (Casación, 4 de agosto de 1918, B. J. 97, p. 9.).

La regla anteriormente enunciada no se aplica cuando no es posible determinar, en el momento de la demanda, la parte proporcional reclamada por cada demandante o a cada demandando. Como esas partes son de valor indeterminado, la competencia es fijada por el importe del total de la demanda.

Indivisibilidad, solidaridad. La competencia es determi-

(21) Glasson y Tisseir, Traite, I, 307, critican esta solución."Hay una sola suma contestada. Por otra parte, si se admite que el litigio se divide entre los herederos demandantes o los herederos demandados, él no es es dividido respecto de la parte adversa. En otros términos : respecto del acreedor, si hay pluralidad de deudores, o, respecto del deudor, si hay pluralidad de acreedores, el interés del litigio es siempre fijado por el monto de la suma reclamada. En fin.laregladela división de pleno derecho del art. 1220, no ha sido formulada para resolver la cuestión de competencia, sino para facilitar la reparticiónde los créditos y deudas hereditarios".

nada por el total del crédito que figura en la demanda respecto de los demandantes o de los demandados: lo. en caso de indivisibilidad, por aplicación del principio establecido en el art 1221 del C. Civil; 2o. cuando hay solidaridad activa o pasiva, casos en que, en virtud de lo dispuesto por los art. 1197 y s. del C. Civil, cada demandante puede reclamar toda la deuda al demandado, y el demandante puede reclamar toda la deuda a cada demandado.

SECCION II - COMPETENCIA

Corte de apelación. Así como el j. de p. i. es el tribunal de derecho común, competente para conocer en el primer grado de jurisd'ción de los asuntos no atribuidos a otro tribunal, la corte de apelación es también, para la segunda instancia, el tribunal de derecho común, con la diferencia de que si hay asuntos para los cuales la ley confirere competencia en el primer grado a un tribunal que no es el j. de prime \ instancia (j- de paz o T. de Tierras) por el contrario ninguna apelación contra las decisiones del j. de ¿ ¡mera instancia es llevada a otro tribunal que no sea la c. de apelación.

Juzgado de p. L Si como jurisd cción del piúner grado es la de derecho común, por el contrario como jurisdicción del segundo grado es necesariamente de carácter excepcional puesto que conoce solamente de las apelaciones intentadas contra lassentencias dictadas por el j. de paz.

Tribunal de Tierras. Es la jurisdicción competente par conocer, en virtud de los art. 255 y s. de la L. de R. de T., de las apelaciones int rpuestas contra las sentencias pronunciadas por los juzgados de paz con respecto a las acciones posesorias relativas a terrenos en los cuales se está efectuando una mensura catastral o que se encuentran en curso de saneamiento,

T. S. de Tierras. Es también una jurisdicción del segundo grado de carácter excepcional, instituida exclusivamente para conocer de las apelaciones interpuestas contra las decisiones **del** T. de T. dictadas en primera instancia. Aunque el T. de **T.** es una jurisdicción unitaria desde el punto d". vista de la org^ nización judicial, su competencia se bifurca, dado que, „n cuanto al primer grado de jurisdicción es atribuida al T. de T.

de jurisdicción original, integrado por un solo juez, y en cuanto al segundo grado de jurisdicción es atribuida al T. S. de T. compuesto de seis jueces (art. 16 y s. de la L. de R. de T.).

Suprema C. de Justicia. Es tribunal designado para conocer de **las** apelaciones contra las sentencias dictadas por la c. de a. en los casos excepcionales en que ésta funciona como tribunal de primer grado (art. 164 de la L. de O. J.).

TITULO III - COMPETENCIA TERRITORIAL

CAPITULO I - PRINCIPIOS GENERALES

En qué consiste. Una vez que la persona que quiere intentar un proceso ha determinado cuál es, genéricamente, el tribunal competente ***ratione materiae*** para conocer de su acción, le es preciso escoger, específicamente, uno de los diversos tribunales del mismo orden y del mismo grado, juzgado de p. L, j. de paz, repartidos en el territorio nacional de acuerdo con los principios de la organización judicial, anteriormente examinados; esto último es la determinación de la competencia territorial, o ***ratione personae vel loci.***

Las reglas de la competencia territorial se aplican únicamente a las jurisdicciones del primer grado propiamente dichas, o sea a los j. de p. L, como tribunales del primer grado, y a los j. de paz. Pero esas reglas son forzosamente extrañas al T. de T., aun en los casos en que funciona como tribunal de primera instancia y del Tribunal de Confiscaciones porque, se trata de tribunales únicos que tienen jurisdicción nacional, y su competencia es solamente, por tanto, de atribución. Nada tienen que ver esas reglas con las jurisdicciones del segundo grado, cuya competencia se limita al conocimiento de los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones emanadas de los tribunales establecidos en su circunscripción.

Criterios determinantes. Para establecer estas reglas de competencia el legislador selecciona, de entre los diversos tribunales del mismo orden, el que se halla en mejores condiciones de instruir y decidir el proceso, con los menores gastos y molestias para los litigantes. Esto puede conseguirse: o to-

mando en consideración las partes, para atribuir competencia al tribunal del domicilio o de la reside icia de una de ellas; u considerando la situación del litigio, para atribuir competencia al tribunal de esa situación; o en fin, tomando en cuenta la causa del proceso, para dar competencia, según los casos, sea al tribunal del lugar de ejecución del contrato, sea al tribunal del lugar en que ocurrió el hecho que motiva el proceso.

Legislación. La competencia territorial de los j. de primera instancia se halla regida, de un modo general, por los art 59, relativo a todas las materias, y 420, especial a los asuntos comerciales. La competencia de los j. de paz está regida por los art. 2 y s. Las leyes 313 de 1968, 494 de 1944, y 1626 de 1948 determinan la competencia territorial de los j. de paz de las circunscripciones del Distrito Nacional, y de los municipios de Santiago y La Vega respectivamente. Los art. 318 y s. del Código de Derecho Internacional Privado, adoptado en La Habana, en 1928, contienen también algunas dis-, posiciones al respecto.

De esos textos resulta que, a falta de disposición contraria, el tribunal competente es el del domicilio o el de la residencia de la parte demandada: ***Actor sequitur forum rei,*** principio originado en el derecho romano que expresa el derecho común en esta materia. Las otras competencias son excepciones a este principio general.

CAPITULO II - COMPETENCIA POR EL DOMICILIO O LA RESIDENCIA DEL DEMANDADO

SECCION I - JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Trib»na! del domicilio. El art. 59 decide en primer término qut, en materia personal, el demandado deberá ser citado para ante el tribunal del domicilio: ***actor sequitur forum rei***

No obstante referirse únicamente a la materia ***personal,*** la regla enunciada en el art. 59 tiene un alcance general: debe ser seguida en todos los casos en que la ley no dispone lo contrario. La regla se aplica por consiguiente, no tan sólo a las acciones personales mobiliarias y personales inmobiliarias,

sino también a las acciones ***reales mobiliarias,*** puesto que, no teniendo los muebles situación fija, forzosamente hay que atribuir competencia al tribunal del domicilio del demandado para conocer de esas acciones. También se aplica la regla a las acciones relativas al estado y a la capacidad de las personas, a los derechos relativos a la propiedad artística y literaria, etc.

Igual disposición contiene el art. 2 respecto de la competencia de los j. de paz y el art. 420 para los asuntos comerciales.

La regla ***actor sequitur forum rei*** se basa racionalmente en la presunción de que, hasta prueba contraria, se debe admitir que el demandado tiene razón; por consiguiente, si las partes no están domiciliadas en la misma localidad, los gasto;; y molestias del desplazamiento ocasionados por el proceso deben ser soportados por el demandante que ataca, y no por el demandado que se defiende.

El domicilio de que trata el art. 59 es el ***domicilio legal,*** esto es el principal establecimiento que el demandado posea en cada jurisdicción, conforme lo disponen los art. 102 del C. Civil y 3 de laL. 259 de 1940.

Los jueces del fondo resuelven soberanamente la cuestión de saber cuál es el domicilio de la parte demandada[22].

La competencia es definitivamente fijada el día de la demanda; los cambios de domicilio ocurridos posteriormente a esa fecha no alteran la competencia del tribunal apoderado.

Tribunal de la residencia. Si el demandado no tiene domicilio, o si su domicilio no es conocido, el art. 59 atribuye competencia al tribunal de la ***residencia..***

Se admite generalmente, en derecho civil, que toda persona tiene necesariamente un domicilio, que es el lugar de su principal establecimiento; pero esto es más bien una ficción, frecuentemente desmentida por la realidad. En hecho, una persona puede tener solamente residencias sucesivas, y en este caso la citación es válidamente dada para comparecer ante el tribunal de la residencia actual del demandado.[23]

(22) Glasson y Tissier, Traité, II, 356.

(23) El Nuevo Código de Pr. Civil francés sustituye la mención del domicilio por

Demandado sin domicilio ni residencia. En ausencia de previsión legal, se ha propuesto en este caso atribuir competencia: al tribunal del lugar en que se origine la obligación; o al tribunal del lugar en que la obligación deba ser ejecutada; o al tribunal del lugar en que el demandado se encuentre momentáneamente; o al tribunal del último domicilio conocido; o al tribunal del domicilio del demandante. Esta última solución es la más recomendable; en los otros sistemas ambas partes podrían ser distraídas de sus jueces naturales. Dando competencia al tribunal del domicilio del demandante, se evita ese inconveniente aunque sea solamente en relación con éste[24].

Personas morales. La regla ***actor sequitor forum rei*** se aplica igualmente a las personas morales: sociedades civiles, compañías de comercio, asociaciones. El art. 59 dispone al respecto que, mientras existan, las sociedades serán emplazadas para ante el tribunal del lugar en que se hallen establecidas, o sea para ante el tribunal de su domicilio; esta disposición aunque menciona únicamente las sociedades civiles y comerciales se extiende por analogía a las sociedades que no tienen un fin lucrativo, reguladas por la L. 520 de 1920.

Por aplicación del principio establecido en el Art. 3 de la Ley 259 de 1940, las sociedades y asociaciones tiene por domicilio o casa social el principal establecimiento que poseen o la oficina de su respresentante en cada jurisdicción. Por consiguiente, podrán ser citados para ante el tribunal del lugar en que tengan sucursal o representante: cada uno de ellos se considera domicilio o principal establecimiento de la sociedad o de la asociación.

SECCION II - JUZGADOS DE PAZ

Regla generaL Ante los juzgados de paz se aplican las

la del "lugar donde mora el deudor (Art. 42). Define asimismo este concepto (Art. 43) en los siguientes términos. Si se trata de una persona física, el lugar donde éste tiene su domicilio, o, a falta de éste, su residencia. Si se trata de una persona moral, el lugar donde ésta se encuentra establecida" (v. Jean Vicent, Obra citada No. 283 bis, pág. 360; Dalloz, Nouveau Code de Pr. Civile, 1983, Art. 42 y 43).

(24) V. al respecto Obra citada No. 284, p. 361 y jurisprudencia anotada.

mismas reglas de competencia territorial que ante los juzgados de p. L: el art. 2 dispone, en efecto, que en materia puramente personal o mobiliaria, o sea para el conocimiento de la acciones personales y reales mobiliarias, la citación se hará para ante el j. de paz del domicilio del demandado, y, si no lo tiene, para ante el j. de paz de su residencia.

Aplicación del art. **59.** Las otras reglas de competencia territorial dictadas por el art. 59 son aplicables ante el j. de paz.

CAPITULO III - COMPETENCIA DE OTRO TRIBUNAL

SECCION I - JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Casos diversos. La regla general *Actor sequitur forum* rei sufre dos clases de excepciones: cuando la ley atribuye competencia a un tribunal que no es el del domicilio del demandado (referimientos, extranjero demandado sin domicilio en la República, materias reales inmobiliarias, sociedad, garantía incidental); cuando el demandante puede optar entre varios tribunales (elección de domicilio, pluralidad de demandados, asuntos mixtos inmobiliarios, asuntos comerciales).

Referimientos.[25] De acuerdo con los art. 554 y 921 las dificultades surgidas con motivo de la ejecución de una sentencia u otro acto ejecutorio, o de una fijación de sellos por causa de fallecimiento, pueden ser sometidas en referimiento al j. de p. i. del lugar del incidente, en vez de serlo al del lugar del domicilio del demandado. Esta derogación se justifica porque el juez del lugar del incidente puede resolver estas dificultades más rápidamente y con mejor conocimiento de causa.

Se ha propuesto extender la disposición excepcional de los art. 554 y 921 a los demás casos de urgencia, y atribuir competencia al juez del lug&r del incidente para prescribir todas aquellas medidas urgentes y conservatorias que fueren necesarias. Esta generalización no parece aceptable. A falta de

(25) El procedimiento de los asuntos en referimiento, y los casos en que es aplicable, están regidos por los Art. 101 a 122 de la L. 834 de 1978, que sustituye los Art. 806 a 811 del C. de Pr. Civil.

disposición expresa, el referimiento puede ser únicamente introducido, conforme a los art. 59 y 807, o ante el juez del domicilio del demandado, o ante el juez en que se halle pendiente el proceso sobre el fondo.(26)

Extranjero demandado. De acuerdo con el art. 14 delC. Civil, el extranjero, aumno residente en la República, puede ser citado ante los tribunales dominicanos para la ejecución de las obligaciones contraídas hacia un dominicano, en la República o en el extranjero.

La norma del art. 14 del C. Civil es ajena a las acciones reales y mixtas inmobiliaras, para las cuales hay reglas especiales de competencia; pero se aplica en cambio a todas las acciones personales mobiliarias, sea cual sea su causa; contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley. También se aplica a las acciones personales inmobiliarias y reales mobiliarias, y a las acciones relativas al estado de las personas.

La regla aprovecha a todo demandante dominicano, persona física o jurídica, y puede ser invocada contra todo extranjero, persona física o jurídica, que no tenga domicilio en la República.

El tribunal competente es el del domiclio del demandante.

Materias reales inmobiliarias. Conforme lo dispone el art. 59 párrafo 2, las acciones ***reales inmobiliarias,*** esto es fundadas sobre el derecho de propiedad o sobre otro derecho real inmobiliario, deben ser intentadas ante el tribunal de la situación del inmueble litigioso. Aunque el art. 59 habla de ***materia. real,*** su fórmula debe ser restringida a las acciones reales inmobiliarias; las acciones ***reales mobiliarias*** están sujetas a otra regla de competencia, la del tribunal del domicilio del demandado.

La presente regla se justifica racionalmente porque el tribunal de la situación es el que dispone de mayores facilidades

(26) Los Art. 101 a 112 de la L. 834 que derogaron las disposiciones de los Art. 806 y sig. no parecen apoyar estatésis.
Los casos de referimiento pueden pues extenderse a tribunales que no corresponden al domicilio del demanda do, y a materias no aceptadas en doctrina y jurisprudencia, como consecuencia de la interpretación de los antiguos Art. 806 y sig. del C. de Pr. Civil.

para resolver los procesos relacionados con el inmueble.

Cuando el inmueble litigioso se halle enclavado en varios distritos, se puede aplicar, por analogía, el art. 2210 del C. Civil, y llevar la demanda ante el tribunal del distrito en que se encuentre el establecimiento principal de la explotación. Si no hay establecimiento principal, la demanda podrá ser intentada ante el tribunal del distrito en que se encuentre el establecimiento principal de la explotación. Si no hay establecimiento principal la demanda podrá ser intentada ante el tribunal del distrito en que se encuentre la mayor extensión del inmueble, aplicando por analogía las disposiciones del art. 628 del C. de Pr. Civil.[27]

Sociedad. El art. 9 párrafo 4 atribuye competencia al tribunal del lugar en que se halle establecida la sociedad, o sea del sitio social. Si la sociedad es demandada, esta disposición del art. 59 no es más que una aplicación de la regla ***Actor sequitur forum rei;*** pero es una derogación a dicha regla respecto de las contestaciones entre asociados, y de las contestaciones entre la sociedad como demandante y un socio como demandado.

El art. 59 se aplica indiscutiblemente a las sociedades civiles y a las sociedades comerciales, y por analogía a las asociaciones que tienen personalidad jurídica, regidas por la L. 520 de 1920.

Por aplicación del art. 3 de la L. 259 de 1940 hay que entender por sitio social cada lugar en que la sociedad ejerza sus actividades por medio de un representante o de una sucursal.

Garantía: El tribunal competente para conocer de la demanda incidental en garantía, de acuerdo con el art. 59 párrafo 7, es aquel en que se encuentra pendiente la demanda principal.

Cuando la garantía es reclamada por demanda principal e introductiva de instancia se aplica la regla general de la competencia del tribunal del domicilio del demandado.

Elección de domicilio. De acuerdo con los art. **111** del

(27) Glasson y Tissier, Tralté, II, 359.

C. Civil y 59 párrafo 8 delC. de Pr. Civil, en caso de elección de domicilio para la ejecución de un acto la demanda podrá ser intentada, a opción del demandante, ante el tribunal del domicilio elegido o ante el tribunal del domicilio del demandado. Este es un caso de prorrogación voluntaria de competencia.

Cuando ha sido hecha en beneficio de la parte demandante, ésta puede, según lo dispuesto en el art. 59, renunciar a la elección de domicilio y citar al demandado ante el tribunal de su domicilio real; por el contrario, cuando la elección de domicilio ha sido hecha en beneficio de ambas partes, la demanda no puede ser intentada sino ante el tribunal del domicilio elegido.

La elección de domicilio es obligatoria para los herederos de las partes.

En general, salvo algunas disposiciones particulares a procedimientos ejecutorios, la elección de domicilio hecha en un acto de procedimieto no es atributiva de competencia.

Pluralidad de demandados. Según lo dispone el **art.** 59 párrafo 1 cuando hubiese varios demandados la demanda será intentada ante el tribunal del domicilio de uno de ellos, a opción del demandante. Esta disposición se justifica porque si se obligara al demandante a intentar la acción ante tribunales diferentes se incurriría en más gastos y lentitudes, y podrían pronunciarse decisiones en sentido contrario las unas **a** las otras.

La regla se aplica, por ej., a las demandas intentadas contra deudores conjuntos, solidarios o no, contra el deudor principal y el fiador, contra los coautores de un mismo delito o cuasidelito.

Cuando uno de los demandados no tiene domicilio, sino una simple residencia, el tribunal del lugar de esta residencia no es competente para conocer de la demanda incoada contra los demandados que tienen domicilio: es preciso, en este caso escoger el tribunal del domicilio de uno de los Otros demandados.

Asuntos mixtos inmobiliarios. El **art.** 59 **párrafo** 3 **dispo-**

ne que en materia mixta la demanda será intentada "ante el tribunal donde radique el objeto litigioso, o para ante el del domicilio del demandado". Estas demandas, como se ha visto son aquellas que se basan a la vez sobre un derecho real y un derecho de crédito, como por ej. las que tienden a obtener la nulidad o la revocación de un acto traslativo o constitutivo de un derecho real inmobiliario.

Asuntos comerciales, en general. Las reglas sobre competencia territorial enunciadas en el art. 59, párrafos 1 y 8, son igualmente aplicables a los asuntos comerciales: la demanda será intentada ante el tribunal del domicilio del demandado, o ante el tribunal del domicilio de uno de los demandados, o ante el tribunal del domicilio elegido, o ante el tribunal del domicilio del demandante, de acuerdo con el art. 14 del C. Civil, en caso de que el demandado se halle domiciliado en el extranjero. Otras reglas de competencia para los asuntos comerciales en general se hallan establecidas en el art. 420, que comienza por confirmar la competencia del tribunal del domicilio del demandado, y luego establece dos competencias especiales: la del tribunal del distrito en que la promesa fue hecha y la mercancía entregada, y la del tribunal del distrito en que deba hacerse el pago.

Lugar de la promesa y la entrega. El art. 420 autoriza a citar ante el tribunal del distrito en que se hizo la promesa y la mercancía fue entregada. El texto se refiere al contrato de venta; pero su disposición tiene un carácter general y se aplica a las demandas relacionadas con la ejecución de cualquier otro contrato comercial.

Para que esta disposición del art. 420 sea aplicable, es preciso que tanto el lugar en que se hizo la promesa como el lugar en que la mercancía fue entregada se encuentren en el mismo distrito; de lo contrario el tribunal competente es el del domicilio del demandado.

Lugar del pago. El art. 420 autoriza en último término a citar al demandado ante el tribunal del lugar en que debe hacerse el pago. La disposición se aplica en todos los casos en que debe hacerse un pago en dinero, aunque no se trate de una venta.

Hay controversias en cuanto a determinar cuál es el lugar del pago, cuando éste debe hacerse, no en efectivo, sino mediante una letra de cambio o un cheque. La mejor solución parece ser que en estos casos el lugar del pago, atributivo de jurisdicción, es el lugar en que la letra de cambio, o el cheque son pagaderos y no el lugar de su emisión.[28]

Controversia acerca del contrato. La competencia del j. de p. L del lugar de la promesa y de la entrega o del lugar del pago está subordinada a la condición esencial de la existencia y de la validez del contrato comercial que sirve de fundamento a la demanda. Si hay contestación seria acerca de este punto la jurisprudencia decide que el tribunal competente es, confonne a la regla general, el del domicilio del demandado.

Si la contestación promovida por el demandado recae, no sobre la existencia o la validez de la convención, sino solamente sobre su comercialidad, o sobre el lugar de la promesa y de la entrega, o sobre el lugar del pago, el tribunal indicado por el art. 420 es competente para conocer de esas contestaciones, porque todo tribunal apoderado de una demanda tiene competencia para apreciar si se hallan reunidas las condiciones constitutivas de su apoderamiento o de su competencia.

SECCION II - JUZGADOS DE PAZ

Acciones relativas a inmuebles. El art. 3 atribuye competencia al juzgado de paz en cuya jurisdicción radica el objeto litigioso en materia de acciones posesorias que es el caso más importante; para las acciones relativas a límites, usurpación de terrenos, etc., respecto de terrenos que no hayan sido registrados conforme a la L. de R. deT.,, pues en este caso el asunto sería de la competencia de! T. de T., por tratarse de un litigio sobre terrenos registrados (art. 7 de la L, de R. de T.), para las demandas en reparaciones locativas; para las demandas de indemnizaciones reclamadas por el locatario o el arrendatario, por interrupción del goce, y por el locador o

(28) Glasson y Tissier, Traite, II, 377.

arrendador contra aquéllos, por deterioros, siempre que no haya contestación sobre los títulos respectivos.

Accidentes de trabajo. De acuerdo con el art. 11 de las L. 385 de 1932 las contestaciones relativas a indemnizaciones temporales son de la competencia del j. de paz del municipio en que se produjo el accidente.

Otros casos. Ante el j. de paz son aplicables las siguientes reglas, enunciadas en el art. 59, atributivas de competencia a un tribunal que no es el del domicilio o la residencia: extranjero demandado; sociedad; garantía; elección de domicilio; pluralidad de demandados.

TITULO IV - COMPETENCIA FUNCIONAL

Casos. En nuestro derecho pueden considerarse como de competencia funcional los siguientes casos: accidentes del trabajo; demandas de los abogados y oficiales ministeriales en cobro de costas; demanda en denegación de actos hechos por los abogados y alguaciles; asuntos relativos a las sucesiones; asuntos relativos a las quiebras; vías de recurso contra las sentencias; envío o reenvío consecutivo a una casación.

Accidentes del trabajo. El juez competente es el del lugar en que se produce el accidente, J. deP. I. según los casos, de acuerdo con el art. 11 de la L. 385 de 1932.

Abogados y oficiales ministeriales.[29] El art. 60 establece que las demandas de los abogados y oficiales ministeriales en cobro de ***honorarios*** serán conocidas por el tribunal ante el que fueron causados los honorarios. La ley habla solamente de honorarios; pero es preciso reconocer que su disposición se aplica, conforme a lo que dispone el art. 23 de laTarifá dé costas judiciales, a todas las ***costas,*** y por consiguiente también a los gastos adeudados al abogado o al oficial ministerial.

(29) Respecto de los comentarios del autor sobre las disposiciones del Art. 60 conviene aclarar que si bien los principios generales externados son aplicables a los abogados, sus derechos se rigen por las disposiciones especiales de Ley 302 de 1964 comentada más adelante. Esta Ley establece procedimientos especiales para el cobro de los gastos y honorarios adeudados de losabogados, que se apartan en muchos aspectos de la norma general establecida en el Art. 60.

El art . 60 contiene, de acuerdo con la opinión de la mayoría, una regla de competencia funcional, y no de mera competencia territorial en cuya virtud el juzgado de p. i. y la corte de apelación, tribunales de derecho común, y la S. C. de Justicia, tienen competencia exclusiva para conocer las demandas de los abogados y oficiales ministeriales en cobro de las costas que se les adeuden.[30] El fundamento de esta atribución de competencia es que esos tribunales son los que se encuentran en mejores condiciones para conocer de tales demandas, en razón de que tienen, conforme lo disponen los arts. 137 y s. de la L. de O. J., la supervigilancia y ejercen el poder disciplinario sobre los abogados y oficiales ministeriales (notarios públicos, intérpretes judiciales, médicos legistas, venduteros públicos). Conforme a esta opinión el j. de paz es incompetente para conocer de demandas en cobro de costas causadas en un procedimiento incoado ante él. Si, por el contrario, se admitiera que el art. 60 dicta una regla de competencia ***ratione personae vel loci,*** que atribuye jurisdicción al tribunal en que se han causado las costas, se debería admitir la competencia del j. de paz para conocer de las demandas en cobro de costas causadas ante él, sea cual sea el monto de la demanda, en razón de los términos literales del art. 60. Esta interpretación se favorecería con el argumento de que dicho tribunal, conforme a lo que prescribe el art. 29 de la Tarifa de costas judiciales, interviene en la liquidación de las costas causadas en los procedimientos que entran dentro de su competencia.[31] Puede sostenerse que el T. de T. es incompetente para conocer de las demandas de esta naturaleza, porque, dadas las reglas que dicta el art. 7 de la L. de R. de T., su competencia se encuentra limitada, en principio, al saneamiento inmobiliario.

Las demandas de que trata el art. 60 son asuntos ***civiles*** aunque las costas hayan sido causadas en un procedimento penal o comercial.

(30) Glasson y Tissier, Traité, II, 381.

(31) El Art. 29 fue derogado expresamente por la L, 302 de 1964.

El tribunal competente, de acuerdo con el art. 60, es únicamente aquél ante el cual se han causado las costas, por consiguiente^ cuando el abogado o el oficial ministerial es acreedor de costas causadas en un procedimiento que ha recorrido varios tribunales, cada tribunal es tan sólo competente para conocer de aquella parte de la reclamación que se refiere a las costas causadas ante él. Sería preciso, en este caso, incoar tantas demandas como tribunales hayan conocido del asunto.

La regla se aplica tanto a los gastos judiciales como a los gastos extrajudiciales.

Están sometidos a la regla de competencia del art. 60 todas las demandas de los abogados y oficiales ministeriales en cobro de costas, que sean intentadas contra su cliente, o contra toda otra persona obligada al pago, como por ej. el fiador del cliente.

También están sometidas a esta regla de competencia las demandas intentadas por el oficial ministerial después de haber cesado en sus funciones.

Se admite que por analogía, el Art. 60 es aplicable a las demandas de repetición de gastos intentadas por el cliente contra el abogado o el oficial ministerial.

Ley 302 de 1964. Esta ley sustituye las disposiciones de la antigua Tarifa de Costas Judiciales (L. del 8 de junio de 1904) en sus Art. 4, 20, 24 y 26 a 30 y modifica los Art. 137, 543 y 544 del C. de Pr. Civil en cuanto a los honorarios de los abogados y los gastos avanzados por éstos; la L. 4875 de 1958, y los Art. 67 y 68 de la L. de R. de T.

El art. 9 de la citada ley, indica que los abogados despues de la sentencia condenatoria en costas, depositarán en Secretaría un estado detallado de sus honorarios, y de los gastos de la parte que representen, el que será aprobado por el Juez o Presidente de la Corte, en caso de estar correctos, en los cinco días que sigan a su depósito.

Expresa por otra parte el Art. 11 que en caso de quejas o controversisas sobre estos honorarios o gastos, se recurrirá por medio de instancia al tribunal inmediato superior, solicitando la enmienda del mismo. El Secretario del Tribunal apo-

derado, a más tardar a los dos días de haber sido depositada **la instancia, citará** las partes **por** correo certificado, para que **el** diferendo **sea conocido** en Cámara de Consejo por el Presi**dente** del Tribunal **o** Corte que corresponda, quien deberá co**nocer** del caso en los diez días siguientes a la citación. Las partes podrán proponer sus alegatos y el tribunal deberá fallar **a más tardar** diez días después de haber conocido del asunto. **La** decisión que intervenga no será susceptible de oposición, será ejecutoria inmediatamente y tendrá la misma fuerza y **valor** que tienen el estado de costas y honorarios aprobados por el tribunal, según se ha indicado en el Art. 9.

El art. 10 de la citada L. No. 302 establece que cuanuu los gastos y honorarios sean el producto de un asunto contencioso-administrativo, asesoramiento, asistencia u otra actuacióno servicio que no culminen en una sentencia condenatoria en costas, el abogado depositará un estado detallado de sus gastos y honorarios, en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia de su domicilio para fines de aprobación. Establece asimismo, que los causados ante el T. de T., serán aprobados por el Presidente de dicho Tribunal.

Observamos que la ley 302 establece dos casos de competencia funcional: aprobación de los estados de costas y honorarios en casos de sentencia condenatoria (Arts. 9 y 10 éste último en lo que respecta al T. de T.) que corresponde al Tribunal donde éstos se han causado; aprobación del estado de gastos y honorarios por el tribunal del domicilio del abogado, en los casos de asuntos contencioso-administrativos, y otras actuaciones que no conlleven sentencia condenatoria (Art. 10).

Denegación. El art. 356 dispone que el tribunal competente para conocer de la acción en denegación de actos hechos por los abogados o los alguaciles es aquél en cuya jurisdicción se instruyó el proceso de que forma parte el acto denegado. Si se trata de actos extrajudiciales, que no forman parte de un proceso, el art. 358 atribuye competencia al tribunal deí domicilio del demandado, conforme al derecho común.

Sucesiones. El art. 59 párrafo 5 da en esta materia com-

petencia al tribunal del lugar en que se ha abierto la sucesión, o sea la del último domicilio del difunto (art. 110 del C. Civil). Este tribunal es el más apto para conocer de tales contestaciones de un modo rápido y económico: es en el domicilio del difunto, en efecto, en donde casi siempre, se encuentran los bienes a partir y los actos y otros documentos que deben ser consultados en el proceso de la partición. Nada más conveniente, por lo tanto que centralizar ante este tribunal todas las operaciones relativas a la partición de los bienes sucesorios.

Tres categorías de demandas son mencionadas en el art. 59: la., demandas entre herederos, hasta la partición inclusive; 2a., demandas intentadas por los acreedores del difunto, antes de la partición; 3a., demandas relativas a la ejecución de las disposiciones testamentarias, hasta la sentencia definitiva.

Todas las demás demandas, como por ej. las intentadas por un heredero contra un tercero, quedan sometidas a las reglas ordinarias de la competencia.

Acciones entre herederos. Son las demandas de ***heredero a coheredero.*** La más frecuente e importante es la demanda en partición de la herencia; pero también se hallan incluidas en esta categoría las demandas anteriores a la partición, y ciertas demandas posteriores a la partición que se refieren a ella necesariamente, como la demanda en garantía de los lotes, y la demanda en rescisión de la partición (art. 882, 884 y s., 887 y s. del C. Civil).

Por herederos hay que entender no solamente los herederos ***ab intestato,*** legítimos o naturales, sino también todas las otras personas que tienen derecho a recoger los bienes del difunto, como los sucesores irregulares y los legatarios universales o a título universal.

La competencia para conocer de la acción en ***petición de herencia*** es un punto discutido en doctrina y diversamente resuelto en jurisprudencia'[310], debido a las controversias a que ha dado lugar la naturaleza de esta acción. Si se admite que es una acción real, el juez competente debería ser el del lugar de

(32) Glasson y Tisssier, Traité, I, 193, II, 363.

la situación de los inmuebles reclamados, o de la mayor parte de ellos; pero, aun admitiéndolo, una parte de la doctrina da competencia al tribunal de la apertura de la sucesión, como si se tratara de una acción entre herederos. Otros sostienen que, aunque se trata de una acción real, el tribunal competente es el del domicilio del demandado, porque siendo el objeto de la demanda una universalidad, es inaplicable la regla de la competencia por la situación de los bienes. Si, por el contrario, se considera la petición de herencia como una acción personal, el juez competente es el del domicilio del demandado. Si se la considera como acción o materia mixta, el demandante tendrá la opción entre uno u otro tribunal.

Si la petición de herencia es intentada conjuntamente con una demanda en partición, el tribunal competente es el del lugar de la apertura de la sucesión.

No puede considerarse como petición de herencia la demanda en reivindicación de objetos aislados de la sucesión, intentada por un heredero contra un demandado que no invoca ningún derecho a la sucesión. En este caso, de acuerdo con el derecho común, el juez competente es el de la situación, si se trata de reivindicación de un inmueble, y el del domicilio del demandado si se trata de la reivindicación de muebles.

La demanda en partición de objetos aislados que no dependen de una sucesión está sometida i a las reglas de competencia del derecho común. Si la reivindicación se refiere a inmuebles el tribunal competente es, a opción del demandante, o el de la situación de los inmuebles o el del domicilio del demandado, puesto que se trata de materia mixta; en los demás casos el tribunal competente es el del domicilio del demandado.

En virtud de lo que dispone el art. 1476 del C. Civil, la demanda en liquidación y partición de la comunidad entre esposos está sometida a la misma regla de competencia que la demanda en partición de herencia

Partición de inmuebles registrados. La demanda en partición de inmuebles registrados puede ser sometida al T. de T., según lo disponen los art. 214 y s. de la L. de R. de T.

pero cualquiera de las partes puede pedir que se decline el asunto ante los tribunales ordinarios.

Demandas de los acreedores. De acuerdo con lo que dispone el art. 59 el tribunal del lugar de la apertura de la sucesión es competente para conocer de las demandas intentadas por los acreedores del difunto, antes de la partición. Si no existiera esta regla excepcional, las demandas de los acreedores tendrían que ser intentadas ante el tribunal del domicilio de cada uno de los herederos, puesto que las deuda se dividen de pleno derecho entre ellos.

Después de terminada la partición, las demandas de los acreedores contra cada heredero deben ser intentadas ante el tribunal del domicilio del demandado, conforme al principio general; si la demanda es intentada colectivamente contra los herederos, el demandante puede, conforme al mismo Art. 59, apoderar al tribunal del domicilio de uno cualquiera de los demandados.

La elección de domicilio consentida por el difunto en beneficio del acreedor subsiste después del fallecimiento; el acreedor puede por consiguiente optar entre el tribunal del lugar de la apertura de la sucesión y el del domicilio elegido.

Esta regla de competencia no se aplica al caso de que la sucesión recaiga en un solo heredero: no habiendo partición en esta hipótesis, las demandas de los acreedores tienen que ser intentadas ante el tribunal del domicilio del único heredero. Sin embargo[33], el tribunal del lugar de la apertura de la sucesión es competente cuando el heredero único acepta la sucesión bajo beneficio de inventario (art. 793 y s. del C. Civil), puesto que entonces el heredero no se halla obligado personalmente, sino como liquidador de la sucesión; en este caso existen las mismas razones que si hubiera partición entre varios herederos para dar competencia al tribunal del lugar de la apertura de la sucesión.

Las demandas de los herederos contra los deudores de la sucesión no están regidas por la regla del art. 59.

(33) Glasson y Tissier, Traite, II, 304.

Disposiciones testamentarias. Finalmente, el art. 59 da competencia al tribunal del lugar de la apertura de la sucesión para conocer de las demandas relativas "a la ejecución de las disposiciones testamentarias, hasta la sentencia definitiva". La ley se refiere a las demandas formadas por los legatarios contra los herederos o por los herederos contra los legatarios, fundadas en las disposiciones contenidas en los testamentos y en las donaciones cuyo efecto está subordinado a la muerte del donante.

A diferencia de las anteriores disposiciones, que atribuyen competencia al tribunal del lugar de la sucesión hasta el momento de la división[34] o partición, aquí se atribuye competencia a este tribunal para conocer, "hasta la sentencia definitiva", de las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones testamentarias. Esta diferencia de redacción ha dado origen a controversias. Se ha sostenido[35] que esto significa "hasta la sentencia definitiva, esto es hasta la sentencia que decide las contestaciones" a que esas demandas hayan dado lugar. En otro sistema[36] se sostiene que esta disposición debe interpretarse del mismo modo que la del antiguo art. 50-3 o. relativa al preliminar de conciliación, y que la ley ha querido atribuir esta competencia hasta la partición definitiva hecha en justicia, y que después de terminada la partición estas demandas deberán ser intentadas, conforme al derecho común, ante el tribunal del domicilio del demandado, o ante el de uno de los demandados.

Quiebra. De acuerdo con lo que prescribe el art. 59 párrafo 6 son de la competencia del j. de p. i. del domicilio del quebrado todas las acciones relativas a la quiebra, el cual es competente, ***ratione materiae,*** para pronunciar la quiebra. Este tribunal tiene competencia funcional para conocer no solamente de las acciones que ejerzan los acreedores contra el quebrado, lo que entra en el derecho común, sino también de las

(34) La Ley dice "divisoria" en vez de division.

(35) Aubry y Rau, Cours de Droit C^vil, IX, 590.

(36) Glasson y Tisssier, Traité, II, 365.

acciones que el síndico de la quiebra ejerza contra las personas que han estado en relaciones de negocios con el quebrado.

Conforme al derecho común el tribunal competente debería ser el del domicilio de cada una de esas personas; pero su competencia ha sido sustituida por la del tribunal de la quiebra, a fin de centralizar allí la liquidación de todas las operaciones del quebrado.

Recursos. Los recursos contra las sentencias, oposición, apelación, revisión civil, tercería principal, tienen que ser interpuestas únicamente ante el tribunal indicado por la ley para ejercer la función de conocer de ellos: la oposición, la tercería principal y la revisión civil, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia impugnada, la apelación, ante el tribunal del grado inmediatamente superior.

Envío o reenvío. El tribunal ante el cual la S. C. de **J.** envía o reenvía el conocimiento de un asunto, después de casar la sentencia impugnada, tiene competencia exclusiva para conocer del proceso en la medida que lo disponga la decisión de la S. C. de **J.** Todo otro tribunal es incompetente de un modo absoluto (Casación, 13 de diciembre de 1940, **B. J.** 365, p. 729).

TITULO V - EXTENSION DE LA COMPETENCIA

CAPITULO I - COMPETENCIA IMPLICITA

En qué consiste. La razón y el buen sentido imponen ***unidad*** en el proceso: sometida una cuestión al juez, éste debe tener jurisdicción suficiente para instruir completamente la causa, y para decidir tanto sobre el mérito de las pretensiones del demandante, dadas a conocer en la demanda, como sobre el mérito de los medios que, en la forma y en el fondo, pueda invocar el demandado para eludir o combatir la demanda. Es elemental que, en la instrucción del proceso, el juez tiene que pronunciarse, antes de decidir sobre el fondo, y como cuestión preliminar, acerca de los medios de pura forma opuestos por el demandado.

Por otra parte, sería contrario a la economía de los medios el obligar al demandado a intentar una demanda separada para hacer valer sus medios de fondo contra la demanda del demandante. La solución del litigio se obtiene más rápidamente y con menos gastos y molestias dando al juez de la acción la competencia necesaria para estatuir sobre las pretensiones de ambas partes.

De ahí que se imponga reconocer competencia implícita al tribunal apoderado para que, al conocer de la demanda, pueda conocer también de los incidentes de procedimiento que surjan en su curso y de los diversos medios de fondo invocados por el demandado.

Defensas, excepciones, inadmisibilidad. El tribunal competente para conocer de una demanda tiene competencia implícita, salvo disposición contraria de la ley, para conocer de las ***defensas al fondo, de las excepciones y de los medios de inadmisibilidad*** opuestos por el demandado, aun cuando para decidir acerca de estos medios el tribunal se salga de la esfera de su propia competencia. Este principio, no consagrado expresamente en la ley, se enuncia tradicionalmente di-

ciendo: ***El juez de la acción es el juez de la excepción,*** dándose aquí al término excepción, no el sentido estricto que tiene en el C. de Pr. Civil sino un sentido lato, que abarca según algunos, los tres medios indicados, y según otros solamente las defensas y los medios de inadmisibilidad.

La regla se justifica por sí misma en lo que respecta a las excepciones de puro procedimiento, de incompetencia, de nulidad, etc., y a los medios de inadmisibilidad que no tocan al fondo del derecho del demandante, como por ej. el que se refiere a la no exgibilidad de la deuda ***(plus petitio tempore):*** unos y otros son medios ligados únicamente al examen previo que de la demanda tiene que hacer el juez, antes de resolver sobre el fondo. En estos casos la sentencia tendrá forzosamente autoridad de cosa juzgada tanto sobre el fondo del proceso como sobre la excepción propiamente dicha o sobre el medio de inadmisibilidad que no toca al fondo.

En cuanto a las defensas al fondo, la presente regla se aplica naturalmente a los tribunales de derecho común, juzgado de p. i. y c. de apelación; éstos conocen sin limitación alguna de los medios de defensa opuestos por el demandado, aun cuando estos medios, si fueran a ser objeto de una demanda principal, entraran dentro de la competencia delj. de paz o del T. de Tierras, tribunales de excepción.

La regla se aplica igualmente a los tribunales de excepción, j. de paz, T. de Tierras y Tribunal de Confiscaciones: éstos pueden apreciar el mérito de las defensas opuestas por el demandado, aun cuando sean incompetentes para conocerlas si fueran objeto de una demanda principal. Así, el j. de paz puede apreciar el mérito de la compensación legal opuesta por el demandado en forma de medio de defensa, aun cuando el monto del crédito opuesto en compensación fuera superior a la tasa de su competencia. Del mismo modo el j. de paz puede apreciar la validez de un contrato, cuando su nulidad es opuesta por el demandado como medio de defensa aunque sea incompetente para conocer de esto si le fuere sometido de modo principal. El T. de T. puede apreciar la validez o la nulidad del acto constitutivo de un crédito, controvertido con motivo de la demanda de registro de un gravamen, tanto en

razón de su competencia implícita como en virtud de la competencia general que le atribuye el art. 7 de la L. de R. de T. Igual observación es preciso hacer en relación al Tribunal de Confiscaciones, ya que, aunque la Ley 5924 de 1962, no contiene disposición alguna al respecto, le es aplicable el principio de la competenca implícita.

Cuando el demandado opone un medio de defensa propiamente dicho o un medio de inadmisibilidad ligado al fondo, el juez no decide sobre estos medios sino en la medida- en que intervenga no tendrá autoridad de cosa juzgada sobre estos medios, sino únicamente sobre la demanda del demandante. Si, en vez de limitarse a oponer un medio de demanda reconvencional, la sentencia tendrá autoridad de cosa juzgada con relación a las pretensiones de ambas partes.

Incidentes de procedimiento. Son aquellas contestaciones que se interponen en el desarrollo de un proceso, susceptibles de paralizarlo o de modificar su resultado. Algunos incidentes modifican o amplían la esfera del proceso; son las demandas incidentales (adicionales, reconvencionales, provisionales, en intervención. Otros incidentes, por el contrario, no alteran el fondo del proceso, sino que simplemente condicionan la formación, la interrupción o la extinción de la instancia (excepciones de incompetencia, de nulidad etc.; incidentes relativos a la administración de la prueba; incidentes relativos a los oficiales ministeriales o al tribunal; interrupción o perención de la instancia, y otros).

El tribunal que tiene competencia para conocer de una demanda tiene igulamente competencia implícita para conocer de los incidentes que no alteran el contenido del proceso.

Según la opinión más generalizada la regla se justifica por sí misma, en lo que respecta a las excepciones de procedimiento, como una aplicación del principio ***el juez de la acción es juez de la excepción.*** Para los otros incidentes la regla es más bien una consecuencia de otro principio general; ***lo accesorio sigue la suerte de lo principal.*** Siendo estos incidentes meros accesorios del proceso, que no alteran su extensión, es forzoso atribuir su conocimiento al juez del asunto principal, el más naturalmente apto para resolver acerca de ellos.

La regla se aplica sin limitación alguna al j. de primera instancia y a la c. de apelación, tribunales de derecho común; éstos tienen evidentemente competencia implícita para prescribir las medidas de instrucción encaminadas a obtener su convicción (información testimonial, peritaje, visita de lugares(etc.), como también para decidir acerca de las contestaciones o incidentes relativos a la administración de la prueba (tacha de testigos, nulidad de información testimonial, recusación de peritos, falsedad), y a la formación, interrupción y extinción de la instancia (recusación de jueces, excepciones, perención de instancia y otros.)

La regla se aplica también ilimitadamente al T. de Tierras, jurisdicción excepcional, principalmente en virtud de la disposición de alcance general del art. 7 de la L. de R. de T.

En principio, la regla se aplica también al j. de paz, y al Tribunal de Confiscaciones, los cuales pueden ordenar las medidas de instrucción y conocer de los incidentes relativos a los procedimientos de su competencia, salvo, en algunos procedimientos o incidentes, para lo cuales la ley ha atribuido competencia al j. de p. i.: denegación contra un alguacil (art. 356); desconocimiento o denegación de escritura (art. 14); inscripción en falsedad (art. 14); recusación (art. 47).

Para los incidentes que alteran la extensión de la instancia la competencia del tribunal apoderado no es implícita, sino prorrogada (infra, cap. II.)

Efectos sobre la competencia. Los medios de defensa, excepciones y medios de inadmisibilidad, y los incidentes relativos a la formación o la extinción de la instancia, no alteran la competencia del tribunal en los casos en que este juzga en instancia única. Si la decisión sobre lo principal no es susceptible de apelación, la presencia de esos medios o incidentes no la hace apelable. Pero la sentencia que estatuye sobre los incidentes relativos a la composición del tribunal, como por ejemplo; la denegación (Art. 353 y s.); la recusación de los jueces de primera instancia o de la c. de apelación (Art. 391 del C. de Pr. Civil, 164 de la L. de O. J. es siemjpre apelable. La recusación del j. de paz por el contrario, es decidida sin apelación (art. 47). Es asimismo susceptible de los recur-

sos previstos! por los Art. 6 a 22 de la L. 834 de 1978, la sentencia que estatuye sobre las excepciones declinatorias por causa de incompetencia, litispendencia y conexidad (Art. 3 a 34 de la citada ley).

Cuestiones prejudiciales. A veces el juez, competente para conocer de una demanda, no tiene competencia implícita para decidir acerca de ciertos medios o incidentes promovidos por el demandado o por el demandante, debido a que la solución de estas cuestiones debe ser obtenida previamente de otro tribunal o de otra autoridad, qué son los únicos competentes para resolver acerca de la contestación planteada con ese medio o incidente.

En estos casos hay, en términos generales, ***cuestión prejudicial,*** esto es, una contestación que entra en el poder de decisión de otro tribunal o de otra autoridad, y de cuya solución depende la suerte del proceso.

Cuando sobreviene una cuestión prejudicial la instancia queda suspendida: el tribunal apoderado del conocimiento de la acción debe sobreseer, o, lo que es lo mismo, aplazar el conocimiento del asunto hasta que el tribunal o la autoridad competentes decidan sobre la cuestión prejudicial.

Resuelta la cuestión prejudicial la instancia reanuda su curso ante el tribunal apoderado. La sentencia de éste se halla condicionada, pues, por la decisión intervenida acerca de la cuestión perjudicial.

Hay cuestiones prejudiciales: generales, que pueden presentarse ante cualquier tribunal, sea ordinario o de excepción; comunes a los tribunales ordinarios y al juzgado'de paz; comunes a todos los tribunales de excepción; especiales al juzgado de paz.

Cuestiones prejudiciales generales. Son las relativas a los tratados internacionales y a ciertos actos de la administración pública.

Los tribunales tienen capacidad para interpretar las cláusulas de cualquier tratado internacional que se refieran a una materia de su competencia, cómo las relativas a la nacionalidad, a los derechos de propiedad artística, literaria, industrial,

etc. Por el conrario, no tienen competencia para interpretar las cláusulas de un tratado internacional que tienen el carácter de actos políticos y de soberanía; esto puede hacerlo solamente el Poder Ejecutivo, de acuerdo con los principios generales del derecho internacional público. Por lo tanto, cuando sea necesario, para decidir acerca de un proceso, fijar el sentido y alcance de una de estas cláusulas, los tribunales deben sobreseer hasta que el P. E. emita su interpretación.

Tampoco pueden los tribunales interpretar una decisión de carácter administrativo, que, en virtud de la Constitución o las leyes, corresponda privativamente adoptar al Poder Ejecutivo.[37]

Cuestiones prejudiciales ante los trib. ordinarios y el j. de paz. La competencia implícita de los tribunales ordinarios, para conocer de los medios relativos a derechos reales inmobiliarios, cesa a partir del comienzo de la mensura catastral en el terreno a que se refieran esos derechos. Por otra parte, elj. de paz es siempre incompetente para conocer de acciones reales inmobiliarias petitorias. Por consiguiente hay dos clases de cuestiones prejudiciales ante los tribunales ordinarios y elj. de paz.

la. Los medios de defensa relacionados con los derechos reales inmobiliarios relativos a terrenos en los cuales se ha dado comienzo a una mensura catastral, o que se hallen en curso de saneamiento, no pueden ser apreciados por los tribunales ordinarios, ni por el J. de Paz.

2a. Tampoco pueden ser apreciados por los tribunales ordinarios ni por el J. de Paz los medios que se relacionen con derechos inmobiliarios registrados, salvo en caso de procedimiento de embargo inmobiliario (art. 10 de la L. de R. de T.)

En ambas hipótesis, conforme lo dispone el art. 7 de la L. de R. de T., los tribunales ordinarios y elj. de paz deben sobreseer el conocimiento del asunto: en el primer caso, hasta que el T. de T. decida finalmente acerca del saneamiento; en el segundo caso, hasta que el T. de T. decida sobre la contestación relativa al derecho inmobiliario registrado.

(37) Troncoso de la Concha, Elementos, 346.

Cuestiones prejudiciales ante los tribunales de excepción. Son cuestiones prejudiciales comunes a los tribunales de excepción (j. de paz y T. de Tierras), las relativas a los derechos reales inmobiliarios: propiedad, servidumbres etc., que afecten terrenos no sometidos al proceso de sanemiento. Elj. de paz es siempre incompetente para conocer de estas cuestiones, según ha quedado expuesto. También lo es el T. de Tierras: para que este tribunal adquiera competencia en estas cuestiones es condición indispensable que, en virtud de una resolución de concesión de prioridad, se esté practicando su mensura catastral. Hasta este momento, pues, las cuestiones relativas a estos terrenos son de la competencia de los tribunales ordinarios. Esta cuestión prejudicial se presentaría: ante elj. de paz, cada vez que se invocara expresamente en el curso de una litis uno de esos derechos como medio de defensa; ante el T. de T., cuando en el curso del saneamiento se invocara un medio que pudiera implicar la solución de una controversia que afectara un inmueble no sometido al proceso de saneamiento.

Cuestiones prejuidicales ante el j. de paz. Son en primer lugar, las relativas al Estado Personal de las partes: nacionalidad, matrimonio, filiación, y por consiguiente la calidad de heredero o la calidad de mujer casada. Eñ efecto, de acuerdo con lo que dispone en términos generales el art. 326 del C. Civil confirmado por el art. 426 del C. de Pr. Civil, estas cuestiones tienen un carácter exclusivamente civil, y entran en la competencia privativa del j. de p. i.

Situación **del** Tribunal **de** Confiscaciones. De acuerdo con el Art. 18 de la L. 5924 de 1962 el Tribunal de Confiscaciones es competente para conocer "de todas las contestaciones que se originen o tengan por objeto bienes confiscados, aun cuando estén estos registrados o en curso de saneamiento catastral". En virtud de esta disposición legal, los asuntos presentados ante este tribunal que se relacionen con derechos inmobiliarios registrados o en curso de saneamiento, no constituyen una cuestión prejudicial.

En cambio, no podría afirmarse lo mismo, en relación con las cuestiones relativas al estado personal de las partes:

en ausencia de una disposición expresa de la Ley, es preciso considerar **que** todas las cuestiones **de** estado personal entran dentro de la competencia del j. de p. i. y por tanto, constituyen cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Confiscaciones.

Incompetencia del j. de paz. Como ha venido repitiéndose, cuando se presenta una cuestión prejudicial el tribunal está obligado solamente a sobreseer, reteniendo el proceso para decidirlo después que la cuestión prejudicial haya sido resuelta. Esta regla sufre algunas excepciones ante elj. de paz: éste debe, conforme lo dispone el art. lo. 5o., declararse incompetente respecto de todo el proceso cuando la cuestión prejudicial de propiedad inmobiliaria es promovida como medio de defensa contra las demandas en limitación, las relativas a la siembra de árboles o colocación de empalizadas o cercas, y las relativas a los trabajos enumerados en el art. 674 del C. Civil. Estas soluciones deben ser generalizadas[38] y aplicarse a todos los demás casos análogos en que se presente ante elj. de paz una cuestión prejudicial de propiedad, por ej. en las acciones relativas al contrato de locación (art. lo. 2o.), pero no en materia de acciones posesorias, en que debe limitarse a descartar la cuestión prejuidical de propiedad y retener el conocimiento de la cuestión posesoria.

Cuestiones previas. Evidentemente no son prejudiciales aquellas cuestiones que se presentan en el curso de un proceso y que entran dentro de la competencia del tribunal apoderado mediante un procedimiento distinto del procedimiento a que está sometida a la demanda[39] Son las cuestiones previas[40] Esta es una consecuencia de la unidad de jurisdicción

(38) Glasson y Tissier, Traité, I, 286.

(39) La jurisprudencia, por no haber tomado en cuenta ia unidad de la jurisdicción judicial, consideró a veces estos casos como cuestiones prejudiciales, que exigen el sobreseimiento hasta que intervenga decisión de Juez competente (Casación: 21 de octubre de 1921. B. J. 134-137, p. 19; 27 de marzo de 1922, B. J. 138-140, p. 27; 26 de agosto de 1927, B. J. 259, p. 49; 17 de noviembre de 1937, B. J. 328, p. 606; 31 de enero de 1938, B. J. 330, P. 33).

(40) Dalloz, Repertoire Pratique, Questions prejudicials, 1 y s Jean Vincent, Pro Procédure Civile, p. 395 y s.; H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire Privé, Tomo II, pág. 511 y s.

judicial. No son, pues, prejudiciales ante el j. de p. de p. i.: la cuestión relativa a las calidades de las viudas y los herederos de las personas obligadas comercialmente, justiciables mediante el procedimiento comercial (art. 426); la cuestión relativa al ejercicio de la acción pública, antes o durante el curso del ejercicio de la acción civil (art. 3 del C. de Pr. Criminal).

Frente a una cuestión previa, el j. de p. de p. i. debe sobreseer, pero no hasta que el tribunal competente resuelva, puesto que él mismo es el tribunal competente, sino hasta que, en el primer caso, la cuestión de las calidades sea decidida mediante el procedimiento de los asuntos civiles; y hasta que, en el segundo caso, la cuestión planteada con el ejercicio de la acción pública sea resuelta mediante el procedimiento de los asuntos penales.

CAPITULO II - COMPETENCIA PRORROGADA

SECCION I - GENERALIDADES

En qué consiste. Un tribunal incompetente para conocer de un asunto, de acuerdo con las reglas generales, puede llegar a ser competente cuando su competencia le es extendida o ampliada 'al asunto para el cual no es competente. Es la competencia prorrogada, distinta a la vez de la competencia normal o natural y de la competencia implícita del tribunal.

Clases. La competencia prorrogada puede resultar: de la ley, que es la prorrogación legal de competencia; de una decisión judicial, la que constituye la prorrogación judicial de competencia; de la voluntad de las partes, que es la prorrogación voluntaria de competencia.

En realidad, la ley es la fuente directa o indirecta de toda prorrogación de competencia. La anterior clasificación puede justificarse, sin embargo, por lo menos desde el punto de vista del método de la exposición: en la prorrogación legal, la misma ley determina los casos de prorrogación; en la prorrogación judicial, la ley confiere a ciertos tribunales el poder de prorrogar; en la prorrogación voluntaria, la ley da ese poder a las partes.

SECCION II - PRORROGACION LEGAL

Causas. La prorrogación legal de competencia, para todos los tribunales, puede ser debida a la conexidad o a la indivisibilidad entre los procesos.

Las reglas particulares a que se halla sometida esta competencia varían según que se trate de los tribunales de derecho común, del j. de paz, del T. de Tierras.

Conexidad. Existe conexidad o conexión en dos casos: cuando el demandante intenta varias demandas por un mismo acto; cuando surgen demandas incidentales del demandante contra el demandado (adicionales), del demando contra el demandante (reconvencionales), del demandante o el demandado o de ambos contra un tercero, o de un tercero contra el demandante o el demandado o contra ambos (demandas en intervención)

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia existe conexidad cuando, existiendo entre dos demandas un lazo tal de dependencia y subordinación, resulta conveniente instruirlas y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar lentitudes en el procedimiento y la eventualidad de sentencias contradictorias e inconciliables. Existe evidentemente conexidad cuando dos demandas tienen común uno o varios de sus elementos constitutivos, como la causa o el' objeto; por este motivo son conexas las demandas incoadas contra varios deudores solidarios, o contra el deudor principal y el fiador. Pueden considerarse como conexas, de un modo general, la demanda que tiende a obtener la ejecución de un contrato y la que tiende a hacer pronunciar la resolución, la resiliación o la nulidad de ese contrato, como por ej. la demanda del vendedor en cobro del precio y la del comprador en nulidad de la venta. También hay conexidad en caso de demandas recíprocamente intentadas por el uno contra el otro de los propietarios de vehículos o navios que han entrado en colisión.

La prorrogación de la competencia del tribunal para conocer de varias demandas conexas es una necesidad inherente a la economía general del proceso, y constituye un principio, tradicionalmente admitido, que se funda en las mismas razo-

nes que hacen decidir que el juez de la acción sea juez de la excepción. La ley lo consagra de un modo implícito e indirecto, al tratar de la competencia del j. de p. i., en el art. 59 párrafo 7, respecto de la demanda incidental en garantía, disposición que se puede extender a los casos análogos, conforme a los principios generales de la interpretación. Se argumenta además, a fortiori, en favor de que la conexidad es una causa general de prorrogación de competencia, con el art. 171, que permite pedir la declinatoria, para ante el tribunal apoderado primeramente, en caso de conexidad entre dos demandas intentadas ante tribunales diferentes, uno y otro competentes: sí, para evitar la contradicción de fallos, la ley permite que el tribunal últimamente apoderado decline su competencia y envíe el asunto para ante el tribunal primeramente apoderado, lo que es grave, puesto que, al proceder así, aquél tribunal se despoja de sus facultades jurisdiccionales, con mayor motivo debe favorecerse la acumulación de varias demandas conexas en un sólo proceso, puesto que en este caso ningún tribunal renuncia a sus facultades, sino que' el único tribunal apoderado conoce al mismo tiempo de la demanda conexa y de la demanda introductiva de instancia.

Hasta la puesta en vigor de la L. 834 de 1978, no existía una definición legal de la conexidad. El Art. 29 de la citada ley expresa lo siguiente: "si existe entre los asuntos llevados ante dos jurisdicciones distintas un lazo tal que sea de interés de una buena administración de la justicia hacerlos instruir y juzgar conjuntamente, puede ser solicitado a una de estas jurisdicciojes desapoderarse y reenviar el conocimiento del asunto a la otra jurisdicción".

Antes de la vigencia de la indicada disposición los jueces del fondo tenían un poder soberano para apreciar, en cada caso, si existían o no los ejgmentos constitutivos de la conexidad entre dos procesos.[41]

(41) La jurisprudencia francesa fue constante en ese sentido (v. Casación francesa, 10 de julio de 1929, Sirey y Pand. Fr. 1930 I, 102). Nuestra S. C. de J. no se ha pronunciado explícitamente sobre esta cuestión: en la sentencia del 23 de diciembre de 1938 (BJ. 341,p. 931),se limitó a transcribir, como bffie de su propio fallo un considerando de la sentencia impugnada (C. de A. de Santo Domingo, 14 de octubre de 1936); en que, para descartar la

Estos razonamientos son en parte valederos aún de acuerdo con los términos de la Ley 384, puesto que siempre quedaría a cargo de los jueces de fondo la determinación de los elementos esenciales que caracterizan la conexidad: especialmente determinar si la unión se impone en vista de una buena marcha de la justicia.

Desde luego, conviene precisar que su decisión no escaparía al control de la S. C. de J. dado que se trata de la aplicación e interpretación de un texto legal.

La conexidad es tratada en la L. 834 (Art. 28 al 34) con la litispendencia. Los recursos contra estas excepciones ante los tribunales del primer grado se ejercen de conformidad con las normas previstas para los casos de las excepciones de incompetencia (v. Art. 3 a 25 de la Ley ; Libro VI).

Cuando las jurisdicciones apoderadas no son del mismo grado, la litispendencia o la conexidad deben ser propuestas ante la jurisdicción del grado inferior (Art. 30 de la Ley). Esta disposición se justifica por el principio del doble grado de jurisdicción.

De acuerdo con la nueva legislación (Art. 31) la conexidad puede ser propuesta en todo estado de la causa. Ello así porque podría surgir en el curso de un proceso, una conexidad que no existía en los comienzos de éste. Sin embargo, la misma disposición establece que la declinatoria por causa de conexidad puede ser rechazada cuando ha sido promovida tardíamente, con intención dilatoria.

En caso de que la conexidad fuera propuesta ante dos jurisdicciones del mismo grado, se considera que debe atribuirse competencia sea al tribunal apoderado de la demanda más importante, la más compleja, o la jurisdicción ante la cual la administración de la prueba sea más fácil. Es pues una cuestión de especie^

aplicación del art. 171 (declinatoria por causa de conexidad), después de declararse que la conexidad es "más bien" una cuestión de hecho, "abaldonada ala apreciación del Juez", se exponen razones en el sentido de que en la especie no la había.

(42) Jean Vicent, obra citada. No. 358, Fág. 451 y sig.

El Art. 32 de la Ley establece que en caso de recursos múltiples, la decisión corresponde a la Corte de Apelación que haya sido primeramente apoderada, la que, en caso de considerar válida la declinatoria, atribuye el asunto a aquella de las jurisdicciones que, según las circunstancias estaría en mejor situación para conocer del asunto.

Esta decisión (Art. 33) se impone tanto a la jurisdicción de **envío,** como a aquella cuyo desapoderamiento fue ordenado. **Lo** que vale decir, que no es susceptible de ningún recurso.

Indivisibilidad. Hay indivisibilidad cuando la relación de dependencia y subordinación entre varias demandas es de tal manera estrecha, que no solamente conviene, sino que es indispensablemente necesario reunir la instrucción y el juicio de esas demandas, a fin de evitar la posibilidad de sentencias en sentido contrario, cuya ejecución simultánea sería imposible.[43] Ejemplo; demanda reconvencional íntimamente ligada a la demanda principal. Por ello se ha dicho que la indivisilibidad no es otra cosa que una conexidad reforzada.[44]

Tribunales ordinarios. El j. de primera instancia ante el cual **se** ha incoado una acción tiene, ilimitadamente, competencia prorrogada para decidir acerca de todas las demandas principales intentadas por un mismo acto, y acerca de todas las demandas incidentales, sea quien sea su autor, cuando ellas sean indivisibles, o cuando entre las varias demandas principales o entre las demandas incidentales y la demanda principal exista un lazo de conexidad, aunque el tribunal no sea competente ***ratione materiae ni ratione personae vel loci*** para conocer de todas. Ejemplos: la demanda incidental en garantía, caso previsto expresamente por el art. 59 párrafo 7; la demanda reconvencional del demandado tendiente a opo-

(43) Glasson y Tissier, Traite, I, 338 bis.

(44) V. obra citada. No. 318, p. 394. La indivisibilidad justifica asimismo la unión de varias instancias. Launión y desunión (o separación) de las instancias, no es evidentemente un caso de prorrogación legal de competencia, ya

ner la compensación judicial de un crédito cuyo monto es inferior a 100 pesos[45]

El mismo principio se aplica a la c. de apelación, en la medida en que el art. 464 permite incoar demandas nuevas en grado de apelación.

Concurso de procedimientos. En un mismo proceso de la competencia del j. de primera instancia puede ocurrir que las demandas incidentales, si hubieran sido intentadas de modo principal, o que algunas de las demandas principales contenidas en un mismo acto, si hubieran sido intentadas separadamente, habrían tenido que ser instruidas mediante un procedimiento distinto del de la demanda principal o del de las otras demandas principales. Puede haber conexidad o indivisibilidad entre demandas civiles y demandas comerciales intentadas por un mismo acto, como ocurre por ejemplo en la acción dirigida simultáneamente contra un deudor obligado comerciabnente y contra su fiador obligado civilmente. Puede ocurrir también que en un proceso de carácter civil suijan demandas incidentales de carácter comercial, o que en un proceso comercial suijan demandas incidentales de carácter civil, como por ejemplo cuando el demandado comerciante forme una demanda reconvencional de carácter civil, o cuando el demandado civilmente intente una demanda reconvencional de carácter comercial.

En estos casos no hay concurso de competencias, puesto que el j. de primera instancia es igualmente competente para

que se trata de procesos pendientes ante un mismo tribunal. La L. 834 de 1978 no legisló sobre este asunto. En el nuevo Código de Pr. Civil Francés es tratada en los Art. 367 y 368. En virtud de estas disposiciones el juez, a pedimento de cualquiera de las partes o de oficio, puede ordenar la unión de varias instancias pendientes ante dicho juez, si exist e entre los litigios un lazo tal que sea de interés para una buena administración de la justicia, la unión de las instancia. El juez puede igualmente ordenar la desnuión (o separación) de una instancia en varias. En nuestro país, apesar de no estar consagradas legalmente, la unión de las instancias con mucha más frecuencia que la desunión,es admitida unánimemente en doctrina y jurisprudencia. La unión es solicitada frecuentemente por las partes y concedida por los tribunales, basándose fundamentalmente, ya en una evidente conexidad ya en interés de una mejor administración de la justicia, y a en beneficio de la aceleración de la litis, (v. Obra citada No. 758, pág. 987).
Respecto a la facultad de los jueces del fondo, v. Casación, febrero, 1975, B. J. 771 p. 233.

(45) RD$500.00 de conformidad con el art. 1o. del C. de Pr. Civil, mod. por la L. 834 de 1978.

los asuntos civiles y comerciales, sino concurso posible de procedimientos, uno civil y otro comercial.

Los mismos principios de conveniencia, que exigen la unidad del proceso, y que la causa sea instruida con toda celeridad y economía, imponen en estos casos una solución análoga a la que se admite en caso de conexidad o de indivisibilidad entre demandas que hubieran podido estar sometidas a la competencia de tribunales distintos. La regla apücable a este concurso de procedimientos en un mismo proceso es una de las anteriormente enunciadas a propósito de la competencia: ***lo accesorio sigue la suerte de lo principal.***

En cada caso, pues, habría que determinar cuál es el asunto ***principal.*** En el concurso de demandas incoadas por un mismo acto, el procedimiento a escoger, civil o comercial, tendría que ser el que deba seguirse para instruir la demanda más importante. Se incurriría en la nulidad de la citación si se usara el procedimiento de los asuntos civiles cuando la demanda comercial fuera el asunto principal, y recíprocamente. En cambio, dado el carácter forzosamente accesorio de las demandas incidentales con relación a la demanda principal, la naturaleza civil o comercial del procedimiento de la demanda principal no es influenciada por el carácter comercial o civil de las incidentales.

J. de paz. Es competente para conocer de todas las demadas conexas o indivisibles intentadas por un mismo acto, aun cuando algunas de ellas escapen a su competencia ***ratione personae vel loci.*** Por el contrario, la competencia del j. de paz no es prorrogada respecto de aquellas demandas que, aunque incoadas conjuntamente con otras para las cuales es competente, escapan a su competencia ***ratione materiae.*** La misma regla se aplica también, en principio, a las demandas incidentales: la competencia del j. de paz es prorrogada solamente respecto de aquellas demandas que no entran en su competencia ***ratione personae vel loci,*** pero no respecto de las que escapan a su competencia ***ratione materiae,*** la cual como se ha visto, es determinada o por razón de la naturaleza o por razón de la cuantíade los asuntos. Por extensión de esta regla, el art. 10.-60. dispone que elj. de paz no conoce sino de las

demandas reconvencionales (y por consiguiente de las otras demandas incidentales) que por su naturaleza o cuantía estuvieren dentro de los límites de su competencia. Combinando esta disposición con la del art. lo.7o., se puede ver que cuando es incompetente para conocer de la demanda reconvencional, el j. de paz puede, bien sea fallar únicamente sobre la demanda principal y declararse incompetente para decidir sobre la demanda reconvencional, bien sea mandar que las partes acudan por el todo ante elj. de p. i., el que entonces adquiere competencia prorrogada para conocer de la demanda principal. El juzgado de paz ejerce en este caso una facultad discrecional: puede enviar todo el proceso de la el j. de p. i. si, a su juicio, con esto se favorece la celeridad o la simplicidad iel procedimiento. Pero, si se trata de una demanda reconvencional en cobro de indemnización por daños y peijuicios causados con el hecho de la demanda principal elj. de paz no goza de la facultad de enviar a las partes ante el j. de p. i., sino que está obligado a conocer de la demanda reconvencional, en virtud de la competencia prorrogada que le confiere el art. 10.60., in fine. Esta doble derogación de las reglas generales tiende a evitar que, con la demanda reconvencional en cobro de indemnización, el demandado paralice el procedimiento ante elj. de paz. Esto se justifica por la frecuencia de esta clase de demandas reconvencionales.

T. de Tierras. La prorrogación de competencia no podría plantearse aquí sino respecto a la competencia de atribución, puesto que el T. de T., siendo único, no tiene competencia territorial.

En cuanto a la prorrogación de la competencia ***ratione materiae*** del Tribunal del Tierras, hay que recordar que el proceso de saneamiento es un procedimiento ***in rem,*** dirigido contra todo el que tenga derecho o interés en las tierras, en el cual cada reclamación debe limitar a una sola parcela, individualizada por su número catastral, conforme lo dispone el art. 66 de la **L.** de R. de T. Aunque un mismo derecho sea reclamado contradictoriamente por dos o más reclamantes, ninguna de esas reclamaciones tiene el carácter de reconvencional frente a las otras; todas tienen por

consiguiente el carácter de demandas principales.

Por lo demás, la competencia prorrogada del T. de T. se asemeja, dentro de su especialidad, a la de los tribunales de derecho común. Es lo que resulta del art. 7 de la L. de R. de T., en que, después de enumerarse los asuntos de la competencia del T. de T., se termina diciendo: "Asimismo conocerá de todas las cuestiones que suijan con motivo de tales acciones o que sea necesario ventilar para la correcta aplicación de esta ley, sin excluir las que puedan referirse al estado, calidad, capacidad o filiación de los reclamantes".

Tribunal de Confiscaciones. Tratándose de un tribunal único, la prorrogación sólo se plantea desde el punto de vista de la competencia de atribución, o ***ratione materiae.***

Aunque la ley 5924 de 1962, no contiene una disposición similar a la del Art. 7 de la L. de R. de T., la prorrogación legal de competencia en este tribunal, puede resultar implícitamente de lo dispuesto en el Art. 20 de la referida ley, que autoriza al Tribunal de Confiscaciones a ordenar todas las medidas de prueba que juzgue convenientes, y a ordenar que sean puestas en causa las personas que deberán ser incluidas en la solución del caso, "de modo que sea asegurado el derecho de defensa".

SECCION III - PRORROGACION JUDICIAL

Enumeración. Hay prorrogación judicial en los siguientes casos 1 o. envío o reenvío después de pronunciada la casación de una sentencia (art. 21 de la L. 3726 de 1953); 2o. designación de jueces (art. 363 y s.); 3o. comisiones rogatorias para proceder a las diversas medidas de instrucción, de acuerdo con el principio general enunciado en el art. 1035; juramento (art. 121), información testimonial (art. 255, 266, 412)[46] juramento de peritos (art. 305), interrogatorio sobre hechos y artículos (art. 326).

Distinción. En los dos primeros casos, el poder de atribuir competencia prorrogada es dado a un tribunal de orden

(46) Estas disposiciones fueron sustituidas por los Art. 86, 91 y 96 de la L 834 de 1978.

superior, la S. C. de J., en el último caso, las medidas de instrucción objeto de las comisiones rogatorias pueden ser confiadas a un juez o tribunal del mismo orden que aquel de quien quien emana la comisión rogatoria.

SECCION IV-PRORROGACION VOLUNTARIA

En qué consiste. A veces las partes pueden someter el litigio a un tribunal que no es el indicado por la ley. En estos casos hay prorrogación, es decir ampliación de la competencia del tribunal en virtud de un convenio intervenido entre las partes, para conocer de un litigio que no entra en su competencia. Es la prorrogación ***voluntaria o convencional*** de la competencia, que debe resultar, como su nombre lo indica, de una convención pactada entre los litigantes.

Competencia que puede prorrogarse. La prorrogación vo voluntaria de competencia constituye una derogación al orden de las jurisdicciones, emanada de la voluntad privada de los litigantes. Es evidente que no puede intervenir respecto de aquellas reglas de competencia fundadas primordialmente en consideraciones de orden público.

En términos generales se puede establecer, en consecuencia, que las partes pueden prorrogar siempre la competencia territorial del tribunal apoderado, porque sus reglas han sido establecidas en vista del interés privado de los litigantes; pero que no pueden prorrogar ni la competencia de atribución ni la competencia funcional del tribunal porque estas reglas tienen su fundamento en consideraciones de orden público.

Competencia territorial. El art. 7 autoriza expresamente la prorrogación de la competencia territorial del j. de paz, al decidir que las partes pueden someterle un asunto para cuyo conocimiento no tiene competencia "ni en razón del domicilio del demandado ni del asiento de la causa litigiosa".

De acuerdo con la opinión general, la disposición del art. 7 debe ser considerada como expresión del derecho común, y por consiguiente ser extendida a la prorrogación de competencia del j. de Primera Instancia.

Esta prorrogación de competencia es posible respecto de todas las acciones, personales reales, mobiliarias o inmobiliarias.

El art. 48 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, no adoptado en las reformas de 1978, expresa que toda cláusula que directa o indirectamente derogue las reglas de la competencia territorial, se reputa no escrita, a menos que haya sido convenida entre personas que han contratado en calidad de comerciantes; y haya sido especificada en forma muy clara en el ejemplar del contrato que se encuentre en manos de la parte a quien se le opone.

Como puede verse, el Nuevo Código francés es muy severo respecto de las cláusulas que prorrogan voluntariamente la competencia territorial.

En Francia pues, el juez puede declarar de oficio la nulidad de una cláusula atributiva de jurisdicción pactada entre no comerciantes.[47]

Supresión de la segunda instancia. Las partes pueden, derogando convencionalmente la regla del doble grado de jurisdicción, prorrogar la competencia del juez del primer grado dándole el poder de estatuir en instancia única.

La facultad de renunciar a la apelación está consagrada: en el art. 7, para los asuntos de la competencia del j. de paz; en el art. 639 del C. de Comercio, para los asuntos comerciales; en el art. 1010, para el proceso arbitral[48]

Supresión de la primera instancia. Por el contrario, se admite generalmente que las partes no pueden llevar directamente el litigio ante el juez de segungo grado, renunciando

(48) Los art. 1003 a 1024 son aplicables "en tanto no sean contrarios" a la L. 845 de 1978 (art. 1003 mod. por la citada ley).

(47) J. Vincent, Ob. cit. Nos. 312 y 314 P. 388 y 391. El Art. 21 de la L. 834 de 1978, que es una copia de la disposición del Art. 93 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés , restringe los pincipios sustentados por interpretación de los antiguos textos del Código. En efecto, la sujeción del juez a la prorrogación voluntaria de la competencia territorial sufre excepción de manera expresa en la ley, en los casos de jurisdicción graciosa, en los relativos al estado de las personas y en los casos en que la ley atribuya competencia exlusiva a otro tribunal. Laincompetencia, en etstos casos, puede considerarse de caracter absoluto.

así al primer grado de jurisdicción. En este punto la regla del doble grado de jurisdicción, que en principio es de orden público, no cede ante las convenciones de los particulares, porque ellos pueden suprimir el segundo grado, renunciando a la apelación, que es un derecho del que pueden disponer; pero no pueden trastornar el orden jerárquico de los tribunales, eludiendo los del primer grado. Es, por consiguiente, absoluta la incompetencia de los tribunales del segundo grado para conocer de un asunto no sometido al juez del primer grado.

Competencia de atribución del j. de paz. Como se ha expuesto, la ley ha establecido la competencia de atribución del j. de paz lo mismo que la del j. de primera instancia sea tomando en consideración la naturaleza del asunto ***(criterio cualitativo),*** sea tomando en consideración la cuantía de la demanda ***(criterio cuantitativo).***

Conforme a los principios enunciados se admite sin discusión que es imposible prorrogar la competencia de atribución que tiene el j. de paz en razón de la naturaleza del asunto, prorrogación de ***re ad rem.*** Asi por ej. las partes no pueden convenir en que el j. de paz conozca de un divorcio.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas admite que puede ser prorrogada la competencia de atribución del j. de paz establecida en razón de la cuantía del asunto, prorrogación de ***quantitate ad quantitatem,*** atribuyéndole el conocimiento de demandas personales o mobiliarias que excedan la tasa de su competencia. Esta opinión es insostenible en nuestro derecho, por ser contraria a la disposición del art. 7, y porque además, conlleva un trastorno en el orden de las jurisdicciones tal como lo establecen los art. 1ro. del C. de Pr. Civil y 45 de la L. de O. J.: el j. de primera instancia quedaría investido con la competencia del juez de apelación en los casos de demanda por más de 500 pesos en que la ley lo inviste solamente con la de juez de primer grado, o de juez en instancia única sobre la demanda por más de 500 pesos y menos de 1,000.

(49) Glasson y Tissier, Traité, I. 293.

Capacidad. De acuerdo con los principios generales, la capacidad de estar en justicia debería bastar para consentir en la prorrogación de la competencia, ya que ésta no conlleva renuncia a ningún derecho fundamental, sino simplemente al beneficio de una regla instituida en favor y para comodidad de las partes, la de ser juzgadas por un tribunal con determinada competencia territorial.

Sin embargo prevalece, especialmente en la jurisprudencia, la opinión de que, para convenir en la prórroga de la competencia, es preciso tener la capacidad de disponer del objeto del proceso, esto es, la capacidad de comprometerse (art. 1003) puesto que la prorrogación convierte, en un cierto modo, al juez en árbitro. En parte, esta opinión puede invocar en su apoyo el art. 639 del C. de Comercio, que en material comercial autoriza a las partes, *en uso de sus derechos,* a renunciar al recurso de apelación lo que es una forma de prorrogar la competencia.

Momento en que puede intervenir. La competencia puede ser prorrogada antes o después de iniciado el proceso. Es una consecuencia del principio de la libertad de las convenciones.

En dos casos particulares la ley autoriza expresamente a prorrogar la competencia por medio de una convención anterior al proceso: el art. 111 del C. Civil atribuye a la elección de domicilio el efecto de prorrogar la competencia territorial del tribunal de la localidad en que se eligió domicilio; el art. 2159 del C. Civil autoriza a las partes a convenir en que la dedemanda en cancelación de hipoteca sea llevada ante un tribunal que no es el competente por razón del territorio.

El art. 7, en cambio, decide para la prorrogación de la competencia territorial del j. de paz que las partes se presenten espontáneamente ante él y otorguen acta de la prorrogación. Aparentemente el texto parece excluir la convención extrajudicial, anterior al proceso, como medio de prorrogar la competencia del j. de paz; es la opinión que prevalece en la jurisprudencia[50]. Esta interpretación puramente liberal es in-

(50) Glasson y Tissier, Traite, I, 291.

sostenible porque va contra los principios generales, consagrados claramente en el art. 111 del C. Civil, que atribuye eficacia, sin restricción alguna, a la cláusula de elección de domicilio, que es un modo general de prorrogar la competencia, otorgada antes del proceso. Es preciso admitir, pues, que la competencia del j. de paz, lo mismo que la j. de p. i., puede ser prorrogada por una convención anterior al proceso.

Formas. En principio, la ley no exige ningún requisito de forma para la prorrogación voluntaria de competencia; hasta el acuerdo de las partes. La prorrogación puede ser expresamente convenida, o resultar indirectamente de una cláusula de elección de domicilio inserta en un contrato, la qus es atributiva de competencia, conforme al principio enunciado en el art. 111 del C. Civil.

En lo que respecta particularmente a la prorrogación de la competencia del j. de paz el art. 7 exige que el consentimiento de las partes se manifieste en una acta levantada ante el juez. Se ha pretendido que este requisito es indispensable; pero es preciso convenir, con la mayoría de la doctrina, en que las partes podrían emplear una forma de prorrogación distinta de la mandada a observar en el art. 7. Esto es enteramente conforme a los principios generales, dado que las partes gozan de la facultad de renunciar en cualquier forma a la aplicación de las reglas de competencia territorial, bien sea expresamente, por medio de una prorrogación, bien sea implícitamente, no oponiendo la excepción de incompetencia.

Efectos. La prorrogación voluntaria de competencia se impone a las partes, como toda otra convención. Por consiguiente, el juez eludido por el acuerdo de las partes viene a ser incompetente para conocer del proceso. Si, contrariamente a lo convenido, la parte entabla demanda ante dicho juez, él debe a requerimiento del demandado, desapoderarse, en acatamiento a la convención; pero la declinatoria tiene que serle propuesta in limine litis, puesto que la incompetencia que resulta de la violación del convenio de prorrogación es puramente relativa[51].

(51) Para la excepción de incompetencia conviene tener en cuenta las disposiciones de los art. 2, 3, a 22 de la L. 834 de 1978.

Por el contrario, el juez cuya competencia es prorrogada viene a ser el juez competente para conocer del proceso; a él también se le impone la convención de las partes. Esto resulta ciertamente, para el j. de paz, del art. 7, que le manda conocer de la litis; y puede inducirse también para elj. de primera instancia, en lo que toca a la elección de domicilio, de los art. 111 del C. Civil y 59 párrafo 8 del C. de Pr. Civil. Se ha pretendido que, fuera de esos casos, el juez cuya competencia es convencionalmente prorrogada puede abstenerse de conocer del proceso. En apoyo de esta opinión se aduce que, si se permitiera ilimitadamente la práctica de las prorrogaciones voluntarias de competencia, sujetas únicamente a la conveniencia de los interesados, algunos tribunales podrían verse abrumados de trabajo, y otros quedarían ociosos. Esta opinión carece en absoluto de fundamento:siendo, en virtud de la ley, la prorrogación voluntaria una causa legítima para que un juez pierda y otro adquiera competencia, éste último carece de potestad para abstenerse de juzgar. Por el contrario tiene la obligación legal de juzgar, porque el ejercicio de la función jurisdiccional es siempre para el juez un deber jurídico, que en este caso le es impuesto bajo la sola condición de que las partes convengan en prorrogar su competencia. Esta pretendida facultad de declinar, de oficio, el conocimiento del proceso, es, a mayor abundamiento, contraria a lo dispuesto en los art. 168, 169 y[52], que autorizan al juez a declinar su competencia solamente en caso de que su incompetencia sea absoluta, esto es cuando ha sido apoderado en violación de una regla de competencia de atribución o de una regla de competencia funcional, pero no en caso de que su incompetencia sea puramente relativa, que es lo que ocurre cuando ha sido apoderado contrariamente a una regla de competencia territorial, o a consecuencia de una prorrogación voluntaria.

La prorrogación voluntaria de competencia es evidentemente imponible a los terceros,»como por ej. a los co-obligados y fiadores (art. 1165 del C. Civil).

Renunciación a la declinatoria. Cuando el proceso es in-

(52) **Los Art. 168 y 169 fueron derogados y sustituidos por los Art. 20, 21 y 22 de la L. 834 de 1978.**

coado ante un juez incompetente *ratione personae vel loci* el demandado puede, voluntariamente o por ignorancia, no oponer la excepción de incompetencia. Los efectos de esta omisión son idénticos a los de la prorrogación voluntaria de competencia: en ambos casos el juez adquiere competencia, y tiene por consiguiente que decidir sobre el proceso, sin que pueda suplir, de oficio, el medio relativo a su incompetencia. Pero estas figuras jurídicas, prorrogación de competencia y omisión de promover la incompetencia, no pueden ser confundidas: la primera resulta de una convención, y está sujeta para su validez a las reglas generales que rigen las convenciones; la segunda es un simple hecho, cuyas causas pueden ser una decisión voluntaria o la ignorancia de la parte.

BIBLIOGRAFIA

Glasson y Tissier (y Morel, a partir del tomo III'), Traité Théorique et pratique d'organisation judiciare, de compétence et de procedure civile, 3a., Ed., se cita abreviadamente: Traité.

Colin y Capitani, Cours de Droit Civil, I, 5ta. Ed. 1972.

Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 2a., Ed., II1925.

R. Japiot, Traité Elémentaire de Procedure Civile et Commerciale, 2a Ed. 1929.

M. Labor de-Lacoste, Précis Elémentaire de Procedure Civile, 2a Ed. 1939.

R. Morel, Traité Elémentaire de Procedure Civile, 2a., Ed. 1949.

L. Mattirolo, Tratado de Derecho Judicial Civil, I, Sta., Ed. 1930, Trad. de Eduardo Ovegero y Maury.

H. Alsina,TratadoTeórico-Prácticode Derecho Procesal Civil y Comercial, 1,1941.

M. de la Plaza, Derecho Procesal Civil Español, Iy II, 1942,1943.

R. de Pina y J. Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. 1946.

E. J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 1942.

T. Jofré, Manual de Procedimiento (Civil y Penal) I, IIy III, 1941.

ñero Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. 1943. Trad. Santiago Sentis Melendo.

Emilet Eugene Raviart, Traité Theorique et Pratique d'actions possesoires et du bornage 5ta. Ed. 1929.

J. Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, 2a. Ed, Trad. de Leonardo Prie-

to Castro y adiciones por Nie et o Alcalá-Zamora y Castillo.

Ugo Rocco, Derecho Procesal Civil, Trad. de Felipe de J. Tena .

W. Kisch, Elementos de Derecho Procesal Civil, 4a. Ed. Trad. de L. Prieto Castro.

G. Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, 3a. Ed. Trad. en 2 volúmenes y notas de José Casáis y Santalô.

G. Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, 2a. Ed., 1936, Trad. en 3 volúmenes y notas de E. Gómez Orbaneja, 1936.

F. Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Trad. de Niceto, Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo; 4 volúmenes, 1944.

F. Carnelutti, Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano, Trad. de Jaime Guasp; 1 volumen, 1942.

H. SolusyR. Perrot,.Droit JudiciarePrivé Iy II, 1961,1973.

Jean Vincent, Procédure Civile, 19va. Ed.

Enmanuel Blanc, Nouveau Code de Procédure Civile Commenté dans l'ordre des articles, 1986.

Artagnan Pérez Méndez, Procedimiento Civil, Tomos Iy II, 1985,1988.

BIBLIOGRAFIA

Las citas hacen referencia a los tomos, y en éstos, a los §, números o secciones en que las obras se hallan finalmente divididas.

Glasson y Tissier (y Morel, a partir del tomo III). Traite Théorique et pratique d'organisation judiciare, de competence et de procedure civile, 3a. éd., se cita abreviadamente: Traité.

Las ediciones de los tratados generales en alemán o en italiano, que se citan más frecuentemente son:

J. Goldschmidt, Derecho procesal civil, 2a. ed., trad. de Leonardo Prieto Castro y adiciones por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo;

Ugo Rocoo, Derecho procesal civil, trad. de Felipe de J. Tena;

W. Kisch, Elementos de derecho procesal civil, 4a. éd., trad. de L Prieto Castro;

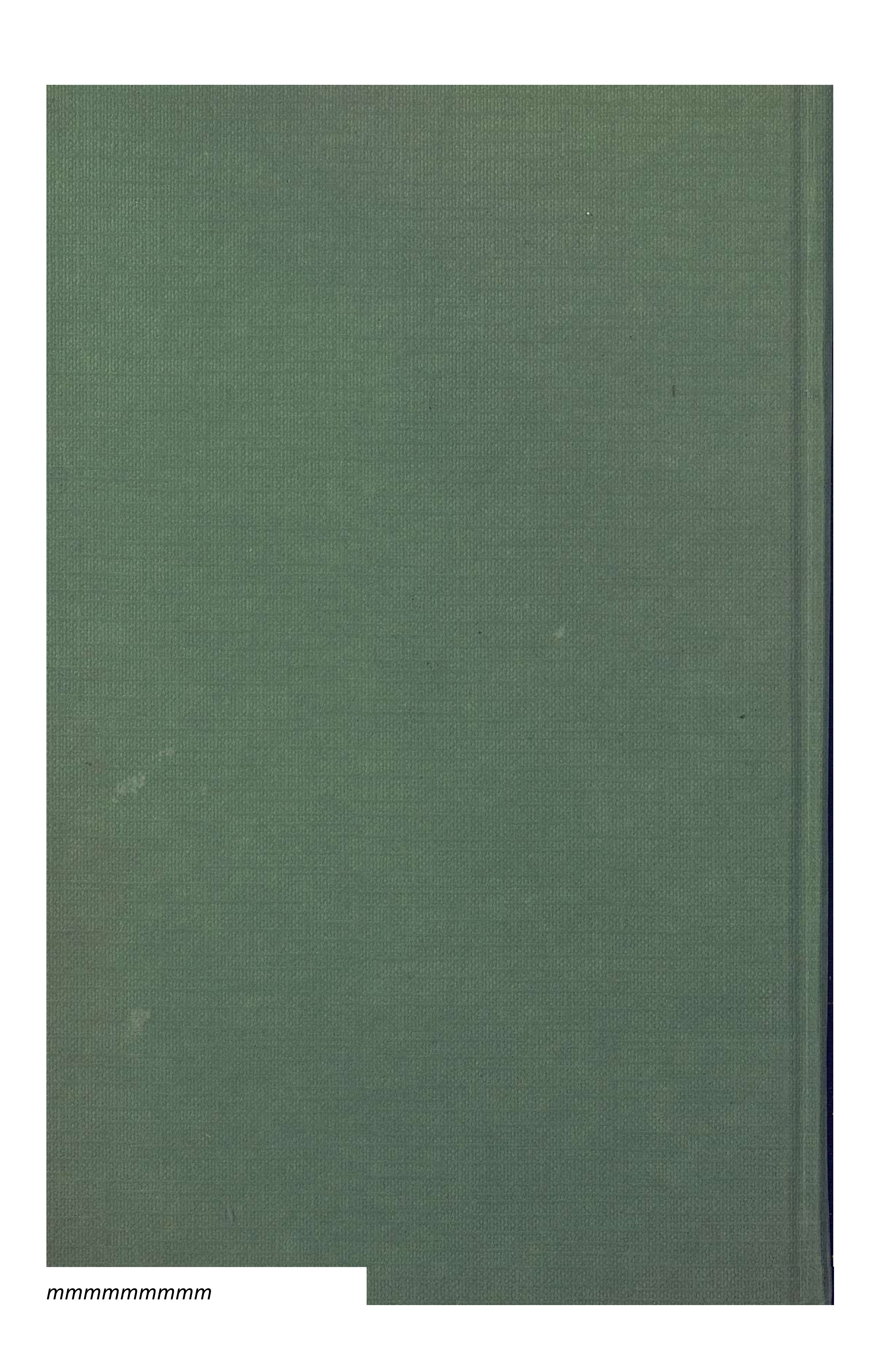
G. Chiovenda, Principios de derecho procesal civil, 3a. ed., trad. en 2 volúmenes y notas de José Casáis y Santaló;

G. Chiovenda, Instituciones de derecho procesal civil, 2a. ed.. trad en 3 volúmenes y notas de E. Gómez Orbaneja.

F. Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo; 4 volúmenes;

F. Carnelutti, Instituciones del nuevo proceso civil italiano, trad. de Jaime Guasp; 1 volumen;

Este libro se terminó de imprimir
el día 15 de marzo del año 1995
en los Talleres Gráficos de
Editora Corripio, C. por A.
Calle A. esq. Central
Zona Industrial de Herrera
Santo Domingo, República Dominicana



mmmmmmmmmm

ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL DOMINICANO

POR
F. TAVARES HIJO
CATEDRATICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
1892 - 1955

REIMPRESION
OCTAVA EDICION

REVISADA Y PUESTA AL DIA POR
FROILAN J.R. TAVARES Y MARGARITA A. TAVARES

VOLUMEN II

ELEMENTOS
DE
DERECHO PROCESAL CIVIL
DOMINICANO

POR

F. TAVARES HIJO

CATEDRATICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO

1892-1955

Revisada y puesta al día por Froilán J.R. Tavares y Margarita A. Tavares

VOLUMEN II

EL PROCESO
LA SENTENCIA

Reimpresión
8va. Edición

SANTO DOMINGO
República Dominicana
2003

2000

Título
Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano

Reimpresión a la 8va. edición de mil (1000) ejemplares debidamente autorizada por escrito por los sucesores
Froilán J.R. Tavares y Margarita A. Tavares
al editor Dr. Almanzor González Canahuate,
(RECOPILACION JURISPRUDENCIAL INTEGRADA)
Calle Font Bernard No. 12, Los Prados, Santo Domingo,
República Dominicana, Teléfono 548-6859, Celular 834-2642.
Central 476-0006

ISBN: 99934-0-064-5
99934-0-004-1, Obra Completa

Impresión
Editora Centenario, S.A.
Av. Monumental No. 6, Cristo Redentor
Santo Domingo, Rep. Dominicana

Impreso en República Dominicana
Printed in Dominican Republic

TABLAS DE MATERIAS
VOLUMEN II

LIBRO VI
El Proceso

TITULO I – Principios generales

TITULO II – Principios orgánicos del proceso

TITULO III – Las partes
CAPITULO I – Principios generales

CAPITULO II – Representación en justicia
Sección I – Generalidades

Sección II – La representación convencional

Sección III – El mandato ad litem necesario



LIBRO VI

EL PROCESO (*)

TITULO I - PRINCIPIOS GENERALES

Naturaleza del proceso. Cuando los interesados no pueden arreglar amigablemente un diferendo están obligados a someterse a la autoridad de los tribunales, para que éstos decidan quien tiene la razón. Es una consecuencia de la prohibición del empleo de las vías de hecho como medio de dirimir los conflictos de intereses entre los particulares: la administración de la justicia es una función social, un atributo del Estado excluyente de la justicia privada. Una diferencia de intereses entre particulares, esto es, un litigio, es materia de un *proceso* cuando es sometida a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado, o a la de árbitros cuando esto es permitido por la ley.

(*) Glasson, Précis, 1, 304 y s., II, 922 y s., Glasson y Tissier, Traité, II, 453 y s.; Garsonnet y César-Bru, *Traité*, I, 156 y s.; Japiot, *Traité élémentaire*, 394 y s.; Morel, *Traité élémentaire*, 309 y s.; Gremieu, *Précis*, 161 y s. Laborde-Lacoste, *Précis*, 411 y s.; Boitard, *Lecons*, I, 76 y s., II,641 y s. s., 1066 y s.; Mattirolo, *Tratado*, II, 94 y s., III, 12 y s.; Cuche,Précis,y 182 y s.; Garsonnet, Précis, 353 y s.; Carnelutti, *Sistema*, II, 117 y s.; Chiovenda, *Principios*, II, 41 y s.; Chiovenda, *Instituciones*, III, 241 y s.; M. de la Plaza, *Derecho Procesal Civil Español*, I, 307 y s.; Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, 54 y s.; *Rocco*, Derecho Procesal Civil, *Español* I, 307 y s.; Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, 54 y s., Rocco, *Derecho Procesal Civil*, 197 y s., 231 y s.; Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 39 y s. 231 y s.; Kisch, *Elementos de derecho procesal civil*, 26 y s.; Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, 43 y s.; Hugo Alsina, *Tratado*, I, 232 y s.,; J. Ramiro Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, Goldschimidt, *Teoría general .del proceso;* De Pina y Castillo Larragaña, *Instituciones de derecho procesal civil*, 141 y s.; D. Sodi. *La nueva ley procesal*, I, 163, y s.; Dalloz, *Nouveau·Code de procedure civile*, 1983; Henry Solus y Roger Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, Tomo II, 1978, Jean Vincent, *Procedure Civile*, 19a. ed., 1978; Enmanuel Blanc, *Nouveau Code de procedure civile commenté dans l'órdre des articles*, Raimond Barraine, *Nouveau dictionnaire de droit et sciences economiques*, 4a. ed. 1974, Dalloz, *Encyclopedie juridique*, 2a. ed., *Procedure Civile;* Glasson y Tissier, II, 453; Ch. César-Bru, P. Hebraud, V. Signolle, G. Odoul, *Jurisdiction du president du tribunal*, tomos I y II, 4ta. ed., y suplemento; Juan Ml. Pellerano, *Guía del Abogado*, Tomo I, volumenes I y II; Fabio J. Guzmán, *El procedimiento en defecto en materia civil y comercial después de las reformas de la Ley 845 de 1978*, 1981; Artagnan Pérez Méndez, *Procedimiento Civil*, Tomo I, 1985, Lic. Arístides Alvarez Sánchez, Estudio de la Ley de Tierras, 1986.

La naturaleza jurídica del proceso es materia muy controvertida en doctrina y diversamente apreciada en jurisprudencia.

Muchos autores consideran que el proceso es una relación jurídica que se establece únicamente entre los litigantes (1), otros lo consideran como una relación jurídica bilateral que se establece entre los litigantes, de una parte, y el Estado, de otra parte; algunos miran el proceso como relación trilateral entre demandante, demandado y tribunal, éste como representante del Estado (2).

Estas construcciones no traducen exactamente la entera realidad del proceso, instrumento jurídico con el cual, por medio de actuaciones emanadas distributivamente de las partes, del Estado y a veces de terceros, se llega a dirimir una litis. El proceso es algo más que una relación jurídica: es una coincidencia de relaciones jurídicas.

Es preferible considerar el proceso, objetivamente, como una *situación jurídica*, de carácter complejo, que nace a consecuencia de que un tribunal se encuentra apoderado del conocimiento de un litigio entre particulares. Es una situación jurídica y no una situación de hecho, porque el derecho objetivo ha regulado su existencia entera, desde el apoderamiento del tribunal, que lo origina, hasta la sentencia, con que normalmente se concluye. Como su etimología lo indica, el proceso es un camino a seguir para obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado, o de los árbitros cuando el arbitraje es permitido, la solución de un litigio. No es tampoco el proceso una simple agregación de formalidades, sino que por el contrario tiene un carácter orgánico: sus actuaciones se escalonan y enlazan unas a continuación de otras, se cumplen dentro o a la expiración de ciertos plazos, de acuerdo con un plan preestablecido por la Ley.

Relaciones jurídicas procesales. El proceso conlleva o hace surgir tres categorías de relaciones: 1a., entre las partes

(1) Glasson y Tissier, *Traité*, 453; Jean Vincent, Procedure Civile, 19na. ed., No. 364 y s.

(2) Goldschmidt, *Teoría del proceso*; el mismo, *Derecho procesal civil*, 2 y s.; *Charles Vass*, Le droit d'agir en justice.

y el Estado; 2a., entre las partes; 3a., entre las partes y el Estado y ciertos terceros.

En la doctrina clásica no se admite que el proceso engendra relaciones entre las partes y el Estado. Se estimaba que el proceso es asunto exclusivo de los litigantes, y que solamente entre ellos, y ocasionalmente entre ellos y algunos terceros pueden originarse relaciones jurídicas. Algunas doctrinas modernas, por el contrario, contemplan el proceso como institución generadora, exclusiva o principalmente, de relaciones entre las partes y el Estado. Ambas concepciones pecan de exclusivismo y unilateralidad: un análisis realista del proceso muestra la presencia necesaria de ambas clases de relaciones, y, además, posibilidad de relaciones entre las partes y ciertos terceros, y entre el Estado y ciertos terceros.

Por el hecho de que un proceso esté planteado ante el juez, éste asume la obligación de cumplir, a requerimiento de las partes, o de oficio, según los casos, los deberes de diversas clases que la ley le impone como agente de la función jurisdiccional del Estado: despachar ciertos trámites previos al conocimiento de la causa; oír a las partes o a sus representantes; ordenar medidas de instrucción; dictar sentencia. El derecho de las partes al cumplimiento de estas diversas obligaciones del juez no presenta el exacto carácter de un derecho subjetivo, en la significación que tradicionalmente se le atribuye a ese término en el derecho privado, de posibilidad de obtener una prestación. Por el contrario, estas facultades de las partes frente a los agentes de la función jurisdiccional del Estado, y las obligaciones de éstos frente a aquellas, son primordialmente relaciones de derecho público, realizaciones del derecho objetivo tendientes a la administración de la justicia social. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del juez conlleva la aplicación de sanciones penales y disciplinarias y, en ciertos casos, puede dar motivo a una acción en responsabilidad civil.

El proceso crea diversas relaciones jurídicas entre las partes, verdaderos derechos subjetivos de cada una de ellas frente a las otras. El demandado tiene hacia el demandante la obligación de comparecer en juicio, sancionada por el dere-

chó correspondiente al demandante de obtener sentencia en defecto. El demandado tiene derecho a que el demandante le dé a conocer, con la demanda, o posteriormente a la demanda, las pruebas en que basa el ejercicio de la acción; recíprocamente, el demandante tiene el derecho de conocer los medios de defensa del demandado. La parte que sucumbe contrae frente a la parte gananciosa la obligación de pagar las costas procesales. Todos estos derechos y obligaciones tienen un carácter puramente privado: las partes pueden renunciar al beneficio de esas reglas de procedimiento; y, por consiguiente, salvo en los muy contados casos en que el orden público está en juego, pueden cumplir sus respectivas obligaciones procesales en otra forma que la establecida por la ley.

El proceso engendra efectos jurídicos entre las partes y el Estado, de una parte, y ciertos terceros, de la otra parte: los primeros tienen un carácter privado; los segundos tienen un carácter público. Es el caso de los testigos llamados a deponer sobre los hechos de la causa: desde el momento en que una de las partes requiere la citación de un testigo, éste contrae, frente a esa parte y frente al Estado, la obligación de prestar una declaración correcta y sincera acerca de los hechos litigiosos; la negativa a cumplir, el mal cumplimiento de esa obligación, y ciertas faltas graves cometidas en sus declaraciones, hacen incurrir al testigo en responsabilidad civil frente a las partes, cuando su actitud dolosa les haya causado perjuicio, y en responsabilidad penal frente al Estado, cuando sus faltas revistan el carácter de un perjurio.

Su carácter entre las partes. Durante mucho tiempo se ha venido admitiendo que las relaciones jurídicas que el proceso engendra entre las partes tienen un carácter contractual: el proceso no será otra cosa que una convención intervenida entre demandante y demandado, con objeto de dirimir el litigio mediante una sentencia; es el *contrato judicial*, que se menciona frecuentemente en la doctrina y la jurisprudencia, para designar no solamente la convención consentida ante el juez por las partes litigantes, lo que constituye un modo correcto de expresarse, sino también el proceso mismo, lo que

evidentemente es un error, y puede acarrear confusiones. (3) Esta manera de ver, francamente equívoca y falsa en el derecho moderno, tiene una relativa explicación en la persistencia del concepto peculiar de la naturaleza del proceso que predominó en el derecho romano, con mucha propiedad hasta el período del procedimiento formulario inclusive, menos justificadamente después de ese período. Entonces podía sostenerse que el proceso era exclusivamente la obra de las partes, quienes fijaban su extensión y demás condiciones ante el magistrado, a fin de que éste autorizara el sometimiento del litigio, así planteado, al juez escogido por ambas partes. Ya en el período del procedimiento extraordinario, en que el litigio era sometido a jueces cuyas facultades jurisdiccionales no emanaban de la convención de las partes, sino del Estado, esta manera de considerar el proceso no se ajustaba enteramente a la realidad; sin embargo, seguíase considerando el proceso como una relación de naturaleza contractual. (4) Por la fuerza de las tradiciones, la idea de que el proceso tiene un carácter contractual se ha conservado hasta nuestros tiempos, especialmente en la jurisprudencia.(5)

Una de las consecuencias que lógicamente se derivaban de esa teoría es que el proceso, por lo menos a partir del momento en que se consideraba ligado entre las partes por la presentación de las conclusiones respectivas, producía un efecto *novatorio* respecto del derecho deducido en justicia con el ejercicio de la acción: por consiguiente, si el proceso no llegaba a resolverse con una sentencia favorable al demandante, sea a consecuencia de que el juez acogiera una excepción propuesta por el demandado, sea a consecuencia de la perención de la instancia, la acción no podía ser nuevamente intentada: *Bis de aedem re ne sit actio.*

En el derecho moderno no son sostenibles ni la concepción del proceso como un contrato entre las partes, ni su con-

(3) Glasson, Tissier y Morel, *Traité*, III, 735.

(4) J. Jors, *Derecho privado romano*, apéndice, 20.

(5) Casación Francesa. 29 de abril de 1912 (Dalloz, 1912, I, 305; Pand. Franc. y Sirey, 1913, I, 185).

secuencia de producir novación en los derechos del demandante. Hay que hacer constar, por el contrario, en primer término, que, al someter sus pretensiones al tribunal, el demandante no propone contrato alguno al demandado, sino que ejerce la *vía de derecho* enderazada a proteger su interés jurídico. Por su parte, el demandado, al concurrir a las actuaciones procesales para defender sus pretensiones, no está aceptando ninguna oferta de contrato, sino sometiéndose al imperio de las normas legales que prescriben que la contestación a la demanda revista ciertas formas preestablecidas.

En segundo término, el hecho de someter sus pretensiones al juez no implica otra cosa que el propósito del demandante de que el proceso sea decidido mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes, no el de consentir en una novación de sus derechos para que sean sustituídos por el derecho nuevo que resultara de una sentencia favorable. Admitir el efecto novatorio del proceso es, por otra parte, contrario al principio general de que la novación no se presume, y debe resultar claramente del acto (art. 1273 del C. Civil). De aquí resulta, en sentido contrario a lo decidido por una parte de la jurisprudencia, que si la instancia es extinguida por la perención, el demandante ha conservado su derecho de ejercer nuevamente su acción, mientras tanto no se cumpla el término de la prescripción extintiva.

Si es infundada la teoría del contrato judicial para explicar la naturaleza de las relaciones procesales entre las partes, mucho más infundada resulta la explicación que pretende hacerlas derivar de un pretendido cuasicontrato judicial.

Contrariamente a esas explicaciones, se impone calificar las relaciones procesales entre las partes como relaciones de orden puramente legal, puesto que las facultades y obligaciones que nacen de la incoación de un proceso, respectivamente a favor o en contra de los litigantes, aunque son relaciones de derecho privado, tienen ciertamente su origen en las disposiciones legales que regulan la marcha del proceso: no son, pues, relaciones de orden contractual o cuasicontractual. El proceso judicial es, salvo el de saneamiento inmobiliario, una iniciativa privada del demandante; pero es la ley la que traza

las pautas a seguir para hacerlo avanzar hasta su terminación por medio de la sentencia, indicando al efecto los trámites a cumplir tanto por el demandante como por el demandado. Las partes pueden renunciar al cumplimiento de algunos de esos trámites; pero esto no se debe a un pretendido carácter contractual o cuasicontractual del proceso, sino al carácter puramente dispositivo que muchas veces tienen las normas que regulan esos trámites, por ser materia de puro interés privado.

Es en el proceso arbitral en donde las relaciones jurídicas entre las partes revisten un carácter contractual, precisamente porque en este proceso las partes convienen, mediante un compromiso, en someter el litigio a árbitros, verdaderos jueces privados (art. 1003 y s.).

Proceso y procedimiento. Generalmente se emplean estas expresiones como sinónimas, lo que se explica naturalmente porque el *procedimiento,* sucesión de actuaciones procesales, es el medio que sirve para incoar el proceso e impulsarlo hasta obtener la decisión judicial que lo termina.

Pero, al lado del procedimiento que sirve para obtener la solución judicial de un proceso, existen algunos procedimientos que no sirven a ese fin, sino que tienden a realizar, en ciertas condiciones, y fuera de la intervención de los órganos jurisdiccionales, el derecho que una persona tiene frente a otra. Se les llama procedimientos extrajudiciales o extraprocesales. Así, por ej., el acreedor que tiene un título ejecutorio (art. 545) procede, sin dirigirse al juez, a practicar un embargo ejecutivo, esto es a hacer embargar y vender en subasta los muebles corporales del deudor (art. 583 y s.), usando exclusivamente del ministerio del alguacil y del vendutero público. En este caso el acreedor obtiene satisfacción incoando, no un proceso, sino un procedimiento extra judicial, empleando una vía de derecho que no es una acción en justicia, sino una vía de ejecución.

Son, pues, proceso y procedimiento dos cosas distintas: todo proceso conlleva necesariamente uno o varios procedimientos; pero hay procedimientos que no revisten el carácter de procesos.

Instancia y proceso. También se emplean indiferentemente la una por la otra las palabras *proceso* e *instancia.* (6) Hablando con entera precisión, sin embargo, puede decirse que la instancia es cada fase o estación del procedimiento del proceso, que se desarrolla ante cada uno de los tribunales a que es sometido. En nuestro derecho el proceso puede recorrer normalmente dos instancias ordinarias, la primera instancia, y la segunda instancia o apelación. Por las razones antes expuestas, a veces la segunda instancia es suprimida: se dice entonces que el tribunal juzga sin apelación, o en instancia única. Además, un proceso puede dar lugar a instancias *extraordinarias*, como por ej. la del recurso de *revisión civil*, o la del recurso de *casación*.

Preliminares del proceso. En algunos casos, antes del momento en que el juez se encuentre apoderado del conocimiento de una causa, la ley exige el cumplimiento de algunos requisitos o formalidades previas, verdaderos *preliminares* del proceso, la mayor parte de los cuales han sido enumerados al tratar de las formalidades que preceden a la demanda en justicia (supra, libro IV, Tit. II). Para el proceso de saneamiento hay un requisito previo que le es peculiar: la *mensura catastral*. Es una formalidad previa al proceso, y no una formalidad previa a la demanda, porque, como se ha expuesto, el saneamiento inmobiliario, a diferencia de los demás procesos, no se inicia con una demanda, sino con el requerimiento fiscal de saneamiento hecho por el Abogado del Estado al T. de Tierras, en cuya virtud éste intima a los interesados para que presenten sus reclamaciones, o, lo que es lo mismo, para que intenten sus demandas (art. 61 de la L. de R. de T.).

Esos preliminares o formalidades previas serán examinados a propósito de cada uno de los procedimientos a que se refieren.

Plan de exposición. Después que sean expuestos, en los próximos títulos, los temas relativos a la estructura general del proceso, a las partes y al litigio, serán examinados, los diversos procedimientos mediante los cuales se desenvuelve el proceso en los tribunales de primer grado: juzgado de primera instancia, Tribunal de Tierras de jurisdicción original, juzgado de paz.

(6) Así ocurre en la jurisprudencia y la doctrina francesas.

TITULO II

PRINCIPIOS ORGANICOS DEL PROCESO

Libertad o legalidad de formas. El primer problema que se plantea ante el legislador, al momento de establecer las normas orgánicas del proceso, es el de determinar si las formas procesales deben ser libres, enteramente abandonadas al querer de las partes, lo que constituye el sistema de la *libertad de las formas procesales,* o si, por el contrario, la ley debe predeterminar las formas a observar respectivamente por las partes y por el juez en la iniciación, el desarrollo y la terminación del proceso, lo que constituye el sistema de la *legalidad de las formas procesales.*

Como se ha expuesto (supra, libro I), el legislador, aun haciendo ciertas concesiones al primer sistema ha tenido que decidirse, casi exclusivamente, por el sistema opuesto, tratando sin embargo de estructurarla de una manera lo suficientemente flexible para que su empleo no degenere en la inaccesibilidad del pretorio a ciertas categorías de posibles litigantes.

La exposición que sigue va a demostrar que, en muchas ocasiones, ciertos requisitos formales de nuestro sistema, debido a su complejidad y a su elevado costo, constituyen obstáculos, a veces insuperables, para que algunas personas, las más inexperimentadas y las más débiles económicamente, se decidan a pedir justicia a los órganos jurisdiccionales del Estado; de donde resulta que esas personas abandonan totalmente sus derechos, o transigen en condiciones desfavorables para sus intereses, ante un adversario provisto de preparación o de medios de fortuna, o de ambas cosas, y, a favor de esas circunstancias, con la posibilidad de litigar cómoda y eficazmente.

Las formas procesales, en efecto, empleadas dentro de un cierto límite, protegen por igual al débil y al fuerte, al

pobre y al rico; pero es un hecho que la diaria observación del mundo jurídico pone ante los ojos de todos, que muchas de las excesivas o inútiles complicaciones y algunos refinados tecnicismos del proceso son causas determinantes de que muchas reclamaciones legítimas queden postergadas o burladas, con menoscabo de los legítimos derechos de los interesados y del interés social, y para provecho de pícaros, desalmados, perversos e intrigantes: de toda esta fauna maleante que vive al margen de la moral, aunque, a veces, ajusta su conducta, por lo menos aparentemente, a los dictados de la ley.

Idea general. (7) El proceso, como se ha visto, es una entidad jurídica sumamente compleja, integrada por actuaciones coordinadas, que emanan de las partes y del juez. Las partes usan de facultades en defensa de sus intereses privados, aspirando cada una a obtener una sentencia favorable. El juez, por su parte, cumple los deberes inherentes a su investidura como órgano jurisdiccional, con miras a proteger el interés social puesto bajo su custodia, decidiendo cuál es la regla del derecho aplicable en la solución de la contienda objeto del proceso.

Decidir, frente a esta compleja estructura del proceso, cuál debe ser el *modo* de conducirlo y cúales deberán ser las *formas* bajo las cuales se desenvuelva, es plantear la solución del problema fundamental de los principios, directrices y tendencias, que deben, en una legislación dada, combinarse los unos con los otros, o predominar unos sobre otros, a fin de obtener una adecuada organización del proceso, en general, y la de cada clase de proceso en particular.

Es que en efecto, el proceso, en general, y cada especie de proceso, en particular, pueden orientarse en su desenvolvimiento hacia el predominio de algunas o hacia la combinación de varias tendencias. La iniciativa del proceso puede ser obra exclusiva de las partes; por el contrario puede ser iniciativa del Estado. Las partes pueden, ellas exclusivamente, impulsar el desenvolvimiento de la situación procesal hasta su

(7) Robert Wyness Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. de Catalina Grossmann.

fin y suministrarle al juez todos los elementos necesarios para la decisión; por el contrario, una y otra misión pueden ser confiadas al juez total o parcialmente. El proceso puede desenvolverse predominantemente mediante actuaciones orales; por el contrario puede desarrollarse principal o exclusivamente mediante trámites escritos. Los actos constitutivos del proceso pueden realizarse de una vez y en una sola audiencia; por el contrario estos actos podrían realizarse en momentos sucesivos y en varias audiencias. Las partes pueden ser obligadas a presentar a un mismo tiempo todos los medios de forma y de fondo que tengan que hacer valer; por el contrario se puede autorizar u obligar a las partes a presentar esos medios en un cierto orden. El juez de la causa tiene que ser necesariamente aquél ante quien las partes han presentado sus alegatos y pruebas; por el contrario, un juez ante quien no se hayan presentado los alegatos y pruebas puede dictar el fallo. Todo el proceso puede hallarse sujeto al requisito de la publicidad; por el contrario, el proceso o una parte de él puede desenvolverse en cámara de consejo. El proceso tiene que ser conocido y fallado necesariamente después que sea llamada la persona contra quien va dirigida la demanda; por el contrario, el juez podría decidir sin que al demandado se le diera a conocer la demanda y sin que se le citara para que se defendiera.

La doctrina ha sistematizado esas y otras características o tendencias, enunciándolas como *principios orgánicos del proceso*, contraponiéndolos a principios contrarios. No todos tienen la misma importancia; algunos revisten un carácter tan general o fundamental que abarcan virtualmente a otros principios. Esto ocurre, especialmente, con el principio de la oralidad del proceso: de que se le consagre o no resultan múltiples consecuencias, que afectan a otros principios básicos del proceso.

Iniciativa. En la generalidad de los casos el proceso es iniciado por la actividad del particular interesado en proteger, crear, modificar o suprimir una situación jurídica, o sea en el ejercicio de una acción.

Este principio general sufre dos excepciones.

1a. El ministerio público, como representante del interés general, tiene en ciertos casos limitativamente determinados por la ley, el poder de iniciar un proceso.

2a. El proceso de saneamiento inmobiliario es iniciado siempre a requerimiento del Estado, tanto en el caso de que la mensura catastral sea practicada a pedimento del Estado en virtud del art. 44 de la L. de R. de T., cuanto en el caso de que sea practicada a pedimento de un interesado en virtud del art. 45 de la L. de R. de T. (infra, título VII, cap. III).

Impulsión y disposición. Ante el j. de primera instancia, la c. de apelación y el j. de paz, la dirección e impulsión del proceso corresponden casi exclusivamente a las partes; en los procesos llevados ante el Tribunal de Confiscaciones, las partes tienen, en principio, la dirección e impulsión del proceso, salvo ciertas facultades concedidas al Tribunal.

El proceso se inicia generalmente ante esos tribunales por un acto emanado del demandante, que un alguacil prepara: citación, emplazamiento, acto de apelación, según los casos. En este primer momento, en que comienzan a surgir las relaciones jurídicas procesales entre el demandante y el demandado, el tribunal permanece todavía ajeno al desarrollo de la situación procesal; sin embargo está ya apoderado, porque el proceso está incoado, pero no tiene noticia alguna de su apoderamiento. En los asuntos civiles ante el j. de primera instancia, en todos los asuntos ante la c. de apelación, la audiencia es fijada por el juez presidente, con posterioridad a la demanda, a solicitud de una de las partes; en los asuntos comerciales y de referimiento ante el j. de primera instancia la audiencia es fijada antes de la demanda. En ambos casos, el juez presidente dicta un auto de fijación de audiencia, sin enterarse de otras cosas que de los nombres y domicilios de las partes y del objeto de la demanda.

Antes del día de la audiencia, que solamente es indicado en el acto de citación en los asuntos comerciales, de referimientos y de j. de paz, pero no en los asuntos civiles, el tribunal ignora casi totalmente cuáles son las partes, el objeto y los fines de la demada; es solamente el día de la vista de la

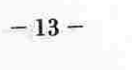
causa cuando se entera de ellos, muy imperfectamente, tanto en los asuntos civiles como en los asuntos comerciales en los que solamente se leen las conclusiones. (8)

El demandado ante el j. de primera instancia y la c. de apelación, puede no concurrir al proceso por medio de la constitución de abogado al vencimiento del término fijado en la citación; este plazo es, en efecto, puramente conminatorio, y el demandado no pierde su beneficio sino después que el demandante haya requerido el pronunciamiento del defecto. Si en la primera audiencia el asunto no queda en estado de recibir fallo sobre el fondo, sea porque una de las partes haya presentado una excepción o solicitado una medida de instrucción, el asunto no avanza hacia la solución final, sino en tanto que una de las partes notifique a la otra, la sentencia que ha desestimado la excepción, sea la que ha ordenado la medida de instrucción, y , en el primer caso, solicite nueva audiencia para conocer del fondo, (9) y, en el segundo caso, proceda a practicar la medida de instrucción ordenada. En todas las materias, la sentencia definitiva no hace correr los plazos de las vías de recurso ni recibe ejecución, sino después de haber sido notificada a requerimiento de la parte interesada, salvo para ésta que el juez haya ordenado la ejecución sobre original.

De lo expuesto resulta que el proceso de los asuntos civiles y comerciales avanza casi exclusivamente a favor del impulso que le dan las partes, obrando cada una de acuerdo con su propio interés. El juez desempeña un papel puramente pasivo, hasta el momento en que, discutida finalmente la causa, dicta la sentencia; ni antes ni después de la sentencia el juez dispone de medios para impulsar el proceso. Esta impul-

(8) Antes de desaparecer el procedimiento ordinario en virtud de las disposiciones de la L. 845 de 1978 (Art. 77 y 78), podía debatirse oralmente un asunto sumario, si las partes así lo querían y era permitido por el juez. Esta posibilidad en la práctica había caído en desuso, ya que generalmente las partes se limitaban a leer sus conclusiones y solicitar plazos para depositar defensas o réplicas. Era en principio el procedimiento consagrado actualmente por los Arts. 77 y 78 ya indicados.

(9) Conviene tener en cuenta las disposiciones de los Arts. 3 y 27 de la Ley 834 de 1978, que consagra un nuevo procedimiento para las declinatorias por incompetencia y los recursos previstos.



sión del proceso casi exclusivamente por iniciativa y diligencia de las partes tiene como consecuencia el dar ocasión a que los procesos puedan prolongarse durante años, puesto que, sea cual sea el tiempo que transcurra a partir del último acto del procedimiento, la instancia no perime de pleno derecho, sino a pedimento formal del demandado.

Este es el principio de impulsión del proceso por las partes, uno de los corolarios de la concepción privatística del proceso: obra de las partes, medio puesto por la ley a disposición de ellas para hacer dirimir una pendencia, el proceso debe ser dirigido o impulsado por ellas, en la medida de su interés.

No obstante ser esto, en términos generales, lo que resulta, para las materias citadas, del examen de nuestra legislación, hay que hacer constar que, en ciertos casos, sin embargo, el juez dispone de algunos poderes en la impulsión del proceso. En las contestaciones relativas a ciertos derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, el proceso no se inicia con una citación diligenciada por alguacil a requerimiento de parte, sino por medio de declaración hecha ante el juez; éste hace citar a los esposos, por carta certificada, para que comparezcan en cámara de Consejo, a fin de que expongan sus pretensiones respectivas (art. 214 del C. Civil mod. por la L. 855 de 1978). Por otra parte, ante la S. C. de J. en funciones de Corte de Casación, el proceso avanza en algunas de sus etapas sin la intervención de las partes: la audiencia es fijada de oficio (Art. 13 de la L. sobre Pr. de Casación); la perención del recurso es también pronunciada de oficio (Art. 10 de la misma ley).

Las reformas introducidas por las leyes 834 y 845 de 1978, inspiradas en las reformas francesas que culminaron con la puesta en vigor, a partir de 1971, de una nueva codificación se caracterizan principalmente por la eliminación de ciertos rigorismos procesales; por una mayor participación del juez a fin de evitar las innecesarias e intencionales dilaciones favorecidas por las antiguas normas procesales. Así, la nueva legislación atribuye al juez la facultad de ordenar "astreintes" o multas conminatorias, la ejecución provisio-

nal de su decisión cuando lo estime necesario y sea compatible con la naturaleza del asunto, a condición de que no esté prohibida por la ley. Por otra parte, han sido reformados ciertos recursos en casos de declinatorias por incompetencia dándoles una solución más simple y rápida.

De acuerdo con los art. 11 y sigs. de la L. 834 se atribuye al juez y al secretario un papel activo: los casos de avocación del fondo de la litis (art. 19) y radiación de oficio del asunto sobre declinatorias (art. 17 y 18), en lo que respecta al juez; los casos de decisiones con motivo de la impugnación (contredit) convocatorias para fines de audición de testigos (arts. 97 y 98), en lo que respecta al Secretario a quien corresponde la notificación de la sentencia.

Otra consecuencia de aquella concepción es el llamado principio dispositivo del proceso, que consiste en que los elementos de prueba que el juez puede tomar en cuenta para decidir son únicamente aquellos que las partes han tenido a bien presentarle. El juez carece en general, con la reserva que se indicará, del poder de aportar de oficio las pruebas, de buscarlas en donde se encuentran; solamente puede, salvo prohibición expresa de la ley, suplir de oficio los medios de hecho o de derecho que favorezcan a las partes, pero siempre sobre el fundamento de los elementos de prueba que ellos suministran. Sin embargo, apartándose del puro principio dispositivo, la ley confiere al juez iniciativa para prescribir ciertas medidas de instrucción, con el fin de establecer o completar la prueba: la comparecencia personal de las partes (art. 61 de la L. 834 de 1978); el juramento supletorio (art. 1366 y 1367 del C. Civil); la información testimonial (art. 82 y s. de la L. 834 de 1978); la inspección de lugares (art. 295); el informe pericial (art. 322). El T. de Confiscaciones puede ordenar todas las medidas de prueba que juzgue conveniente, así como ordenar que sean puestas en causa personas que no son partes en el proceso (art. 20 de la L. 5924 de 1962).

En cambio de lo que ocurre predominantemente ante el j. de primera instancia, la c. de apelación y el j. de paz, y menos acusadamente ante la Suprema C. de Justicia, jurisdicciones en las cuales, como se ha expuesto, el proceso descansa en

mayor o menor grado en postulados jurídicos casi puramente privatísticos, el saneamiento inmobiliario, confiado al T. de Tierras, se fundamenta casi exclusivamente en una concepción publicística, que excluye, casi totalmente, los principios de impulsión y disposición del proceso, antes enunciado.

Como se ha visto, la mensura catastral, medida de carácter técnico y preliminar indispensable del proceso de saneamiento, puede ser ordenada por el T. S. de T. o a pedimento del Estado (art. 44 de la L. de R. de T.), o a pedimento de un particular interesado (art. 45 de la L. de R. de T.). Una vez confeccionado el plano de los terrenos cuyo saneamiento va a perseguirse, el Abogado del Estado, Fiscal del T. de T., requiere el saneamiento, (art. 61). En vista de este requerimiento, el Presidente del T. de T. apodera del proceso de saneamiento a un juez de j. o., quien practica las diligencias encaminadas al llamamiento de los interesados y a la instrucción de la causa (art. 63 y s.). La sentencia del juez de jurisdicción original pasa, automáticamente, al T. S. de T., para ser revisada, y, haya o no recurso de apelación, puede ser confirmada, modificada o revocada por el T. S. (art. 24 y s.). En el procedimiento de jurisdicción original, como en el de revisión, las partes reclamantes desempeñan un papel casi puramente pasivo: el lugar y la fecha de las audiencias son fijados por el tribunal (art. 63 y s.); el tribunal practica de oficio las diligencias relativas a las pruebas (art. 71). El tribunal no está ligado, al dictar sentencia por los pedimentos de las partes, sino que falla a favor de la persona que a su juicio, tenga derecho a los terrenos (art. 86).

La estructura del proceso de saneamiento, tan fundamentalmente opuesta a la del que se sigue ante los demás tribunales, se explica y se justifica principalmente por la naturaleza de las cuestiones que se ventilan en este proceso, y por el carácter de la sentencia con que se termina. El objeto del saneamiento es el de decidir acerca de la titularidad de derechos reales inmobiliarios, que son derechos absolutos, o sea oponibles a todo el mundo; este proceso tiene, pues, todos los caracteres de lo contencioso objetivo. Por otra parte, la sentencia final del T. S. de T. es concluyente respecto de y oponible a todo el mundo (art. 86 de la L. de R. de T.). El procedimiento de este proceso tiene por esos dos motivos que apartarse del tipo del procedimiento clásico, de tipo acusatorio, *in personam*, instituído por el C. de Pr. Civil especialmente para la reclamación de los derechos obligacionales, que son derechos relativos, válidos y oponibles únicamente entre acreedor y deudor, para afectar la forma de un procedimiento de tipo inquisitorio, *in rem*, más propio para establecer *erga omnes* esta clase de derechos absolutos que son los derechos reales inmobiliarios. De ahí la casi ineludible necesidad de atribuír al tribunal, *ex oficio*, la impulsión y disposición del proceso, confiriéndole plenos poderes de citación, conminación e investigación.

Oralidad. La escrituración de ciertos actos del procedimiento es uno de los medios de que se vale el formalismo procesal para obtener una adecuada administración de la justicia. El acto escrito, en efecto, goza de la ventaja de la precisión y fijeza a esas manifestaciones de voluntad. Pero de esto no debe concluírse a que todos los actos del procedimiento deban otorgarse por escrito y a que deba prescindirse en absoluto de toda aplicación del principio de oralidad.

Nuestro procedimiento es casi exclusivamente oral ante el j. de paz y el T. de T. En estas jurisdicciones son muy contados los actos que es preciso otorgar por escrito.

Conforme a las disposiciones originales del C. de Pr. Civil, en los asuntos civiles ordinarios y sumarios ante el j. de p. i., en todos los asuntos ante la c. de a., el procedimiento era en parte escrito, en parte oral, con marcado predominio de la forma oral en la fase más importante y decisiva del proceso, los debates. La fase anterior a los debates, la demanda introductiva de instancia y los actos de instrucción que la siguen o pueden seguirla, como, por ejemplo, la constitución de abogado y las demandas incidentales, son naturalmente actos escritos.

El procedimiento de los asuntos comerciales y de referimiento era, conforme a esas disposiciones, completamente oral en la fase de los debates.

Por otra parte, en los asuntos civiles ante el j. de pri-

mera instancia, en todos los asuntos ante la c. de a., el C. de Pr. Civil autoriza a los jueces a prescribir la instrucción por escrito, en la que todo el procedimiento se desenvuelve mediante actuaciones escritas (art. 95 y s.).

La L. 1015 de 1935 varió radicalmente la estructura del proceso ante el j. de primera instancia y la c. de apelación (10). Las partes estaban obligadas, en los asuntos ordinarios, a notificarse recíprocamente sus defensas, réplicas y agravios, previstos por los arts. 77, 78 y 462 del C. de Pr. Civil, (art. 1o. de la L. 1015 de 1935). Anteriormente, esos escritos eran facultativos, y las partes podían presentar sus medios oralmente en la audiencia. Por otro lado, las partes debían limitarse, en la audiencia, a leer sus conclusiones (art. 2 de la L. 1015 de 1935). En cuanto a los asuntos sumarios y comerciales, el juez podía mandar a las partes que se limitaran a leer sus conclusiones, y presentaran sus réplicas y contrarréplicas mediante escritos depositados en secretaría (art. 3 de la L. 1015 de 1935).

De acuerdo con lo prescrito por la L. 5924 de 1962, que creó el T. de Confiscaciones (11) la forma escrita rige el procedimiento ante dicho Tribunal. La demanda es interpuesta mediante instancia depositada en la Secretaría del Tribunal, copia de la cual deberá notificarse al demandado (art. 19). En la misma forma contesta el demandado o su abogado si lo ha constituído. El tribunal puede conceder a las partes plazos para replicar o contrarreplicar.

La forma escrita es empleada en el procedimiento ante la C. de Casación, regulado por la L. 3726 de 1953. Los alegatos de las partes revisten necesariamente la forma de memoriales. En la audiencia, las partes deben limitarse a leer sus conclusiones. Lo expuesto hace ver que, como resultado de las reformas operadas a partir de la L. 1015 de 1935, pasaron

(10) *Oralidad del proceso en la República Dominicana*, por el autor, en REVISTA DE DERECHO PROCESAL, Buenos Aires, 1944, I, 116.

(11) La L. No. 285 de 1964 atribuyó competencia a la C. de Apelación para conocer en primera instancia de los asuntos atribuídos al T. de Confiscaciones. En lo adelante, cuando se lea T. de Confiscaciones se entenderá que se trata de la C. de Apelación en funciones de T. de Confiscaciones.

a ser exclusivamente escritos, aún en la fase de los debates el procedimiento de los asuntos ordinarios ante el j. de primera instancia y la c. de apelación, y que, para los asuntos no ordinarios y comerciales, el juez tenía la facultad de instruir el proceso por escrito, mandando a las partes que se limitaran a leer sus conclusiones, y a replicar y contrarreplicar mediante escritos depositados en la secretaría. En cuanto a los referimientos, dada la urgencia de estos asuntos, cabe suponer que el legislador de 1935 no entendió incluirlos entre los asuntos no ordinarios, y que debían por consiguiente, ser debatidos oralmente. El procedimiento de la casación conservó un residuo de la oralidad en el derecho conferido a las partes en el Art. 18 de la L. de 1911 de ampliar sus medios en la audiencia; pero esto fue suprimido por la L. 295 de 1940, así como en la vigente L. sobre Pr. de Casación No. 3726 de 1953.

Como se ha expresado, la L. 845 de 1978, suprimió el procedimiento ordinario al derogar la L. 1015 de 1935. Los arts. 77 y 78 de la indicada ley, consagran un sistema similar al procedimiento sumario, permitiendo a las partes obtener plazos para depositar escritos de réplica y contrarréplica.

Algunos autores han invocado en favor de la forma escrita del proceso, entre otros argumentos el de que evita las improvisaciones inconsistentes y ampulosas, sobrecargadas de literatura de mal gusto, a las que tan fácilmente se abandonan en los debates los abogados faltos de preparación sólida y adecuada; en tanto que, por el contrario, la forma escrita da fijeza y precisión a los alegatos de las partes, encerrándolos dentro de la justa medida, corrección y conveniencia. El argumento es poco eficaz, porque lo mismo se puede incurrir en esos vicios en un alegato oral que en uno escrito: todo depende del gusto y las tendencias del abogado o de la parte misma. La supresión de la oralidad de los debates, sustituyéndola por memoriales, ha sido siempre combatida por la mayoría de los tratadistas, con argumentos decisivos. (12)

(12) Glasson y Tissier, *Traité*, II, 456; Japiot, *Traité élémentaire*, 18; Garsonnet y Cézar-Bru, *Traité*, II, 225; Morel, *Traité élémentaire*, 427; Chiovenda,

Con la oralidad se realiza plenamente la contradictoriedad del debate otro principio básico del proceso, que se examinará luego. El debate oral impresiona al juez más directa y vivamente que los memoriales escritos: leyendo a solas, en el retiro de la cámara, un voluminoso expediente, el juez puede sufrir lamentables distracciones, menos posibles en la audiencia. El debate oral es más franco, sincero y verídico que los alegatos escritos: en éstos las partes pueden usar de artificios e incurrir en reticencias o falsedades a los que no osarían recurrir en la sala de audiencia, frente a frente al adversario y en presencia del juez y del público, quienes instantáneamente notarán esas maniobras. El proceso debatido oralmente es más rápido y económico que el instruído por escrito.

Concentración y eventualidad. En nuestro sistema es muy frecuente que en la primera audiencia no se discuta el fondo, a causa de que se presenten excepciones o de que surjan otros incidentes, por ej. relativos a la prueba: estas cuestiones tienen casi siempre que ser decididas previamente por el tribunal antes que el fondo, por medio de sentencias que a veces son susceptibles de apelación. Esta multiplicidad y dispersión de las actuaciones de las partes y del juez dilata y complica el proceso, con menoscabo de la celeridad y la economía. Tales inconvenientes serían evitados si el proceso se orientara, por una parte, hacia el llamado principio de *concentración*, que permite al juez dictar sentencia después de un primer y único debate; y, por otra parte, se adoptara el criterio o principio de *eventualidad*, correlativo al de concentración, que consiste en obligar a las partes a invocar desde el comienzo del proceso sus respectivos medios de ataque y defensa, escalonándolos en un cierto orden, a fin de que el tribunal decida en ese orden sobre cada uno de esos medios en caso de que (*in eventum*) desestime los que preceden.

Principios, I, 44; el mismo, *Instituciones*, III, 307 y s.; Kisch, *Elementos*, 11-4; R. de Pina, *Principios de derecho procesal civil*, 10 y s.; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, 11-4; Alsina, *Tratado*, I, p. 79 y s.; J. Ramiro Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, 32, estima que en la R. Argentina debe predominar la forma escrita. Igual voto se ha formulado en Francia (de la Grasserie, *Project de reforme du C. de proc. Civile*, 42) Jean Vincent, *Procedure Civile*, 19na. ed. p. 508, No. 392.

Aunque, en términos generales, nuestra legislación no acoge esos principios, en ciertos casos particulares sin embargo, se puede observar una tendencia a impedir la dispersión de los actos del proceso, con medidas que se pueden afiliar a los principios de concentración y de eventualidad. Ejemplos: en el procedimiento del divorcio por causa determinada el acto de emplazamiento debe dar a conocer al demandado los nombres de los testigos, y la audición de éstos y el conocimiento de los incidentes de la prueba testimonial se verifican en la misma audiencia (art. 3 y s. de la L. 1306 bis de 1937); las excepciones dilatorias deben ser propuestas conjuntamente (art. 186 del C. de Pr. Civil); el memorial contentivo del recurso de casación debe contener la enunciación de todos los medios (art. 5 de la L. sobre Pr. de Casación).

En las disposiciones de la L. 834 de 1978 se observa un marcado interés del legislador en evitar dilaciones en el uso de las excepciones de incompetencia y nulidad. Una lectura de los art. 3 a 27 de la citada ley demuestra el propósito del legislador de evitar las declinatorias formuladas con intención puramente dilatorias. Igual propósito se observa en los medios de inadmisibilidad (art. 45 y 48), y en las nulidades (art. 36, 37, 38 y 40). En estas últimas se plantea la posibilidad de una condenación a daños y perjuicios en los casos en que se demuestre que la abstención en invocar el medio de que se trata, ha tenido un fin puramente, dilatorio. Así también se establece, para las excepciones de nulidad, la obligación de que éstas se invoquen simultáneamente.

Inmediación. Para fallar con toda idoneidad el juez debería obtener durante el desarrollo del proceso un conocimiento directo de los alegatos de las partes y de las pruebas en que apoyan sus pretensiones. En otros términos durante el proceso el juez debería estar en inmediata comunicación con las partes, oirlas en audiencia personalmente, o a sus mandatarios, y tener intervención inmediata en la administración y recepción de las pruebas. Estos postulados tendrían cabal realización en un sistema de proceso en que se aplicara el principio de *inmediación*, que se haya íntimamente, pero no necesariamente ligado con el de la oralidad.

Nuestro derecho actual repudia casi completamente el principio de inmediación. Para el proceso de saneamiento inmobiliario, el art. 88 de la L. de R. de T. dispone que en caso de muerte o de impedimento de un juez, el Presidente nombrará otro juez para que continúe la instrucción de la causa hasta la sentencia, pudiendo utilizar al efecto las pruebas que aparezcan en el expediente. Para todos los tribunales resulta de la L. 684 de 1934, adicionada por la L. 926 de 1935 ref. por la L. 294 de 1940, que los jueces que vengan en sustitución de otros, por causa de renuncia, inhabilitación, traslado, etc., aun cuando hayan sido elegidos después de la vista de la causa, tienen capacidad para decidir todo asunto que se halle, a su juicio, en condiciones de ser fallado ; lo que es extensivo a los jueces de los tribunales colegiados. quienes podrán en efecto ser llamados a completar el tribunal en caso de empate o de que el tribunal quede en minoría por un motivo cualquiera, por ej. por inhibición o recusación de alguno de su jueces (casación, diciembre 1957, B. J. 569, p. 2655). Anteriormente a las reformas implantadas por estas Leyes, y conforme al sistema del C. de Pr. Civil, era necesario una nueva vista de la causa cada vez que ocurrieran cambios en la persona del j. de p. i., o que uno de los tribunales colegiados hubiera quedado en minoría después de ventilado el asunto: en este particular, pues, regía el principio de inmediación. Hay que notar que la inmediación en nuestro procedimiento fue suprimida desde 1934, antes que la oralidad, que lo fue en 1935.

Publicidad. Según se ha expuesto (supra, libro II), la publicidad es un requisito esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Aplicado particularmente al desarrollo de la situación procesal, este principio significa que la presentación de los alegatos y conclusiones de las partes, la producción del dictamen del ministerio público y la pronunciación de la sentencia deben tener lugar en audiencia pública. Es lo que de un modo expreso disponen los arts. 87 del C. de Pr. Civil, 17 y 59 de la L. de O. J.

La publicidad del proceso es un principio de derecho público. En la Constitución de 1844, art. 123, se mandaba que

las sesiones de los tribunales fueran celebradas públicamente, "a menos que la publicidad sea perjudicial al orden público o a la moral". Este precepto debe considerarse siempre en vigor, no obstante que la Constitución (art. 8-2-J) parece restringirlo a las materias en que pueda pronunciarse una pena, o sea a los asuntos represivos, lo cual, judaicamente interpretado, parecería excluir los asuntos civiles y comerciales. La observación del principio de publicidad, al poner al alcance de todos el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, da al público una especie de control sobre el modo cómo se ejerce esa función, permitiendo, en cierto modo, que todo el mundo pueda verificar personalmente la regularidad del ejercicio judicial en cada caso particular: la publicidad garantiza el cumplimiento de las formas, contribuye a asegurar la imparcialidad y la diligencia del juez, y prestigia la administración de la justicia.

La publicidad rige únicamente para los asuntos contenciosos; en los de jurisdicciones voluntaria o graciosa la instrucción es hecha y la decisión es dictada en cámara de consejo.

En los asuntos contenciosos la sentencia debe comprobar expresamente, a pena de nulidad, que el requisito de la publicidad ha sido observado.

Excepcionalmente, la ley puede prescribir que ciertos asuntos, total o parcialmente, pueden ser instruídos y juzgados sin publicidad. Esto ocurre, por ej.: en algunas reclamaciones relativas a los derechos y obligaciones matrimoniales (arts. 213, 214 y 216 del C. Civil): en materia de divorcio (art. 4 de la L. 1306 bis de 1937): en materia de interdicción (art. 496 del C. Civil). Pero la sentencia debe siempre ser pronunciada en audiencia pública (art. 17 de la L. de O. J., 12 de la L. 1306 bis sobre Divorcio, 498 del C. Civil).

Contradicción. Los jueces no pueden conocer de ningún asunto contencioso sino mediante el requisito de que la persona contra quien va dirigida la demanda haya sido previamente citada para comparecer en juicio, a fin de ponerla en condiciones de defenderse. Es el principio de *contradicción,* no enunciado expresamente en la ley, pero que se infie-

re ciertamente de todas las disposiciones que, al regular la marcha del proceso, exigen la citación del demandado o presuponen que él ha sido regularmente citado. El derecho de no ser condenado en materia civil o comercial sino después de haber sido oído, o regularmente citado, es un derecho inmanente a la personalidad humana, si no directamente consagrado por la Constitución (v. art. 8-2-J) por lo menos implícitamente reconocido en la misma.

Como consecuencia de todo esto, los medios de prueba empleados o propuestos por cada una de las partes u ordenados de oficios por el juez, deben ponerse a disposición y en conocimiento de la parte contra quien puedan ser invocados, citándola para concurrir a la realización de las medidas tendientes a practicar la prueba, de manera que pueda supervigilar su administración y luego contradecir su resultado. Por aplicación de esta regla a la prueba escrita, cada parte tiene el derecho a pedir al adversario que le comunique los documentos de que va a hacer uso en apoyo de sus pretensiones (art. 108 sustituído por los arts. 48 a 59 de la L. 834 de 1978). En todos los asuntos ante el j. de primera instancia, la c. de apelación y el j. de paz en los cuales el ministerio de abogados es obligatorio (13), la comunicación de documentos se hace amigablemente entre los abogados o por mediación del secretario. La falta de comunicación de documentos daba lugar a un incidente, la *excepción de no comunicación de documentos* actualmente desaparecida (v. arts. 2, 49 a 55 de la L. 834 de 1978).

Para decidir, el juez debe atenerse estrictamente al resultado de los debates y a los elementos de convicción que se desprendan de los medios de prueba contradictoriamente producidos, sin que pueda, en ningún caso, tomar en consideración ninguno de esos elementos que no se haya sometido convenientemente a la contradicción de la parte a quien se le opone. Especialmente, en lo que respecta a la prueba escrita, el juez no puede tomar en consideración ningún documento que no haya sido regularmente comunicado a la parte contra quien se invoca, poniéndola en condiciones de combatirla.

(13) V. la L. 91 de 1983 que crea el Colegio de Abogados de la República Dominicana.

Por la misma razón, el juez no puede fundar su sentencia sobre hechos, informes o actos que hayan llegado a su conocimiento fuera de la instrucción contradictoria del proceso.

El principio de libre contradicción sufre algunas restricciones. En algunos casos, el juez puede ordenar una medida de instrucción sin que la parte contraria sea citada previamente para discutir la procedencia o la utilidad de la medida, como por ej. el interrogatorio sobre hechos y artículos (art. 324 y s. actualmente derogados). En otros casos, el juez puede dictar algunas sentencias sin posibilidad de contradicción; esto ocurre: en la primera fase del procedimiento de la designación de jueces (art. 363 y s.); en la recusación (art. 385); en la demanda en responsabilidad civil contra los jueces (art. 511 y s.).

TITULO III
LAS PARTES

CAPITULO I
PRINCIPIOS GENERALES

Demandante y demandado. En regla general, en todo proceso hay dos partes: *demandante y demandado.* El demandante es la parte que toma la iniciativa del proceso, sometiendo al tribunal una pretensión contra el demandado. El demandado puede, a su vez, asumir el papel de demandante, cuando promueve un incidente cualquiera, como por ej. una demanda reconvencional. En este caso los papeles se invierten: en lo que respecta al incidente el demandado es un demandante, y el demandante originario, llamado también demandante en lo principal, asume el papel de demandado. Ejemplo: A ha demandado a B en cobro del precio de una venta; por su parte, B, para eximirse de la obligación de pa-

gar, ha respondido a la demanda de A interponiendo una demanda reconvencional en nulidad o en resolución de la venta. A es el demandante originario, o demandante en lo principal. B es el demandado originario, o demandado en lo principal, y es al mismo tiempo demandante en cuanto al incidente.

En principio el proceso es incoado contra un demandado individualmente determinado, la designación del demandado es uno de los elementos constitutivos de la demanda en justicia (supra, libro IV, Tít. II). El saneamiento inmobiliario es una forma excepcional de proceso que se aparta de la regla general antes enunciada. Se realiza mediante un procedimiento *in rem*, incoado por consiguiente *in incertam personam*: el reclamante intenta su demanda en reclamación del derecho que le pertenece, no contra una persona determinada, sino contra todo el mundo, contra todo el que pueda tener un interés en reclamar todo o parte de ese mismo derecho. Por el solo hecho de que el T. de T., apoderado del proceso con la recepción del requerimiento fiscal de saneamiento, haya puesto en mora a los interesados para que presenten sus reclamaciones, todo el mundo está en causa, en el sentido de que el tribunal puede proceder, aun en ausencia de reclamaciones, a reconocer los derechos de cada interesado en los terrenos objeto de saneamiento, conforme resulte de las pruebas que el mismo tribunal haya aportado, de oficio, al expediente del caso. Con mayor razón se hallan necesariamente en causa, como demandados eventuales, después de presentadas las reclamaciones, todos aquellos que tengan interés contrario a los reclamantes. El saneamiento inmobiliario es por consiguiente un proceso de carácter provocatorio e inquisitorial, en el que las partes no tienen ni la iniciativa, ni la impulsión, ni la disposición del procedimiento.

Importancia de la distinción. La cuestión de saber quién es demandante y quién demandado tiene una gran importancia desde distintos puntos de vista: la ley fija la competencia territorial de los tribunales tomando en cuenta, en la mayor parte de los casos, el domicilio o la residencia del demandado (art. 2, 59 y 420); el demandante en primera instancia no puede, salvo en algunos casos excepcionales, sea cual sea el

papel que desempeñe en grado de apelación, formar demandas nuevas en tanto que el demandado en primera instancia puede formarlas en todos los casos en que sirvan de defensa a la acción del demandante (art. 464); la carga de la prueba está a cargo del demandante (art. 1315 del C. Civil); la única condenación que la sentencia puede imponer al demandante como tal y en ausencia de demanda reconvencional del demandado es la de las costas procesales; el defecto del demandante y el del demandado están sujetos a reglas distintas, tanto con relación al contenido de la sentencia, como con respecto al recurso de oposición de que es susceptible (art. 19 y s., 149 y s., 154 y s., mod. por la L. 845 de 1978).

Intervinientes. Además del demandante y el demandado, que son, salvo lo expuesto en relación con el saneamiento inmobiliario, partes esenciales, en un proceso puede haber partes intervinientes, que son los terceros que entran en el círculo del proceso, sea espontáneamente con el objeto de salvaguardar un interés propio o el interés de una de las partes (intervención voluntaria), sea porque el demandante o el demandado los llamen para un fin cualquiera, como por ej. para que los garantice (intervención forzosa).

En el proceso de saneamiento inmobiliario no hay partes intervinientes, sino solamente demandantes y demandados: todo el que reclama el registro de un derecho es un demandante en lo principal, y es al mismo tiempo demandado con respecto a todo otro reclamante contrario (14).

El proceso en relación a las partes. Del proceso surgen ciertas facultades, cargas e incompatibilidades que son privativas de las partes y totalmente ajenas a los terceros. Ejemplos: la parte no puede declarar como testigo en el proceso que le concierne; cada una de las partes tiene derecho de objetar los testigos que son parientes de la parte contraria; cada una de las partes tiene derecho de recusar el juez que es pariente o aliado, dentro de cierta proximidad, de la parte contraria; solamente las partes pueden incurrir en la conde-

(14) En las litis sobre terrenos registrados, la intervención voluntaria o forzosa puede considerarse legalmente admisible en los casos en que se haga uso de las normas del derecho común (v. Art. 7 y párr. I de la L. de R. de T.).

nación al pago de las costas; solamente a las partes es oponible y solamente las partes pueden invocar la autoridad de la cosa juzgada inherente a la sentencia; con excepción de la tercería, que como su nombre lo indica es un recurso que la ley pone a disposición de los terceros, únicamente las partes en causa pueden recurrir contra la sentencia; solamente hay litispendencia cuando una de las partes del proceso lo es también en otro proceso.

Capacidad procesal. Es la aptitud jurídica que debe tener toda persona para ser parte de un proceso, como demandante, demandada o interviniente. Tienen capacidad procesal todas las personas, físicas (hombres y mujeres) o jurídicas, dominicanas o extranjeras. Las únicas restricciones a este principio general son las que resultan respectivamente: del art. 334 del C. de Pr. Criminal, con relación al contumaz; la que resulta de los art. 166 del C. de Pr. Civil y 16 del C. Civil mod. por la L. 845 de 1978, que obliga al extranjero transeúnte, que no sea nacional de uno de los Estados que suscribieron el Código de Derecho Internacional Privado adoptado en la 6ta. Conferencia Panamericana (art. 383) cuando es demandante principal o interviniente voluntario en un asunto ante cualquier tribunal, si el demandado lo exige, a prestar fianza para asegurar el pago de las costas y de los daños y perjuicios a que pudiera ser condenado.

Frecuentemente se designa como capacidad de goce este aspecto de la capacidad procesal; pero esto parece inexacto: capacidad y titularidad son la misma cosa. La capacidad procesal en este sentido reside en todo el que tiene un interés jurídico en el ejercicio de una acción, sin hallarse sometido a ningún requisito de *representación* o de *asistencia*.

Incapacidad. Ciertas personas, aunque son titulares del derecho de acción en justicia, no pueden ejercerlo personalmente, como demandantes o como demandadas, sino, bien sea *representados* por otro, o bien sea *asistidos* por otro. Esto se refleja en la manera de preparar los actos procesales que conciernen a esas personas (supra, libro III), en los cuales aparece como *requeriente* o como *destinatario* de esos actos el titular de la acción en justicia, o el sujeto pasivo de la

acción en justicia, *representadas o asistidos*, según los casos, por la persona investida por la ley con la representación o con la asistencia del incapaz.

En la primera categoría de incapaces figuran: el menor no emancipado, a quien representa el padre administrador legal o el tutor (art. 389 y 450 del C. Civil); el interdicto, legal o judicial, representado por su tutor (art. 29 del C. penal y 509 del C. Civil). El quebrado, aunque no es un incapaz, se halla representado por el síndico de la quiebra, a causa del apartamiento de la administración de sus bienes que resulta de la sentencia declarativa de la quiebra (art. 443 del C. de Comercio).

En la segunda categoría entran: el menor emancipado, quien necesita la asistencia del curador para figurar como demandante o como demandado en las acciones inmobiliarias petitorias (art. 482 del C. Civil); el individuo provisto de un consultor judicial, quien no puede litigar sino con la asistencia del consultor judicial (art. 513 del C. Civil).

La mujer casada. En virtud de lo dispuesto por el antiguo art. 215 del C. Civil la mujer casada estuvo incluída en la categoría de los incapaces de estar en justicia, siendo el marido su representante legal. La L. 390 de 1940, sustituída por la L. 855 de 1978, ha borrado todas las incapacidades que afectaban a la mujer casada, incluso la de estar en justicia (15).

Consecuencias de la incapacidad. El proceso iniciado por el incapaz no representado o no asistido conforme a las reglas anteriores está afectado de una irregularidad que puede ser opuesta por el demandado no solamente al comienzo de la instancia, sino también en todo estado de la causa, puesto que la irregularidad se reitera en cada acto nuevo del proceso.

(15) Las modificaciones vigentes hasta la fecha, respecto de la capacidad de la mujer no han introducido reformas en los regímenes matrimoniales. Es por tanto usual que a la mujer casada en comunidad de bienes, por ejemplo, se le exija la autorización de su marido para la realización de ciertos actos que afectan o podrían afectar la comunidad, o los derechos del marido común en bienes administrador de dicha comunidad.

Asimismo está afectado de irregularidad el proceso iniciado contra un incapaz, sin dirigirlo contra su representante en tal calidad (tutor, y análogamente el síndico si se trata de una acción de carácter pecuniario concerniente al quebrado), o sin poner en causa a la persona que debe asistir al incapaz (curador, consultor judicial).

Cuando se trata de incapaces que necesitan esta *asistencia* ella debe ser previa al proceso; pero la irregularidad inicial del proceso motivada en que el incapaz ha actuado sin la asistencia que le es necesaria queda subsanada cuando la obtiene en el curso del procedimiento, aun en apelación o en casación. Esta solución se justifica porque evita la pérdida de tiempo y los gastos que resultarían si se exigiera comenzar de nuevo el proceso. En este sentido el art. 44 de la citada L. 834 establece que "En el cao en que es susceptible de ser cubierta, la nulidad no será pronunciada si su causa ha desaparecido en el momento en que el juez estatuye".

En lo que concierne al incapaz, la falta de representación o de asistencia constituye una nulidad relativa, que puede ser opuesta únicamente por el incapaz o por sus herederos, pero no por su adversario. A pesar de su carácter relativo se admite que el incapaz puede oponer esta nulidad en todo estado de la causa, aún en casación, y obtener asi la anulación de la sentencia dictada en contravención a las reglas relativas a la representación o a la asistencia. Esto puede justificarse, en cierto modo, en razón del carácter de orden público que tienen las normas que regulan el proceso que ineresa a los incapaces.

Después de dictada una sentencia a consecuencia de un procedimiento en que no se cumplieron los mencionados requisitos de representación o de asistencia el vicio de nulidad no puede ser propuesto por vía de acción principal, porque las sentencias no son impugnables por ese medio, sino mediante el ejercicio de una de las vías de recurso. Cuando, por haberse extinguido los plazos para el ejercicio de los recursos, la sentencia adquiera la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, su ejecución es ineludible, siendo imposible invocar el

vicio que resulta de la falta de representación o de asistencia.

Personas jurídicas. A diferencia de las personas físicas, que actúan personalmente en justicia, las personas jurídicas, por el contrario, dado su carácter especial de seres colectivos, tienen que actuar a través de *órganos* [16], instituídos por la ley para las personas jurídicas públicas, y por sus estatutos para las personas jurídicas privadas. Es obvio que no puede confundirse este régimen de órganos, o de órganos representativos como se dice frecuentemente, con el sistema de representación o de asistencia instituído para la actuación procesal de las personas afectadas de incapacidad. Hay que puntualizar esto en lo que concierne al Estado, a los municipios y al Distrito Nacional, a las otras instituciones públicas con personalidad jurídica, y a las sociedades y asociaciones.

El Estado. La regla general, de acuerdo con el art. 1ro. de la L. 1486 de 1938, es que todos "los actos jurídicos concernientes a la administración pública que puedan realizarse o ejecutarse en nombre del Estado, o en su interés o a su cargo", incluso los actos relativos a un proceso en que figure activa o pasivamente, "podrán ser realizados o ejecutados en nombre del Estado por los representantes, mandatarios o agentes que constituya, autorice, nombre o acepte el Presidente de la República, o, con la autorización o la aprobación de éste, el Secretario de Estado a cuya cartera corresponda el negocio a que se refiere el acto; sin perjuicio de que el propio Presidente, o el Secretario de Estado a quien éste autorizó para ello, puedan realizar o ejecutar esos actos ellos mismos, en nombre del Estado, o en su interés o a su cargo". Por otra parte, de acuerdo con el art. 4 de la misma Ley, si el Presidente de la República no ha dispuesto nada en contrario, el Procurador General de la República podrá asumir o encomendar a cualesquiera otros funcionarios públicos o personas privadas, la representación del Estado en los actos judiciales o extrajudiciales que fuesen necesarios y convenientes para la conservación, el reconocimiento, la reivindicación o

(16) Michoud, *La theorie de la personalité morale*, 3a. ed., I, 60 y s., II, 260.

la satisfacción de los derechos del Estado, o para iniciar, proseguir, realizar o contestar demandas, instancias, reclamaciones, actos conservatorios y otras diligencias semejantes relativas a casos litigiosos, o aquellos en que un litigio fuere inminente, aun cuando se trate de asuntos o negocios que no están atribuídos a la Secretaría de Estado de Justicia.

Por lo expuesto se ve que el Estado, en todo asunto judicial o extrajudicial, sea cual sea su naturaleza, actúa como demandante o como demandado por mediación del Presidente de la República, como órgano legalmente instituído para esos fines, personalmente o por comisión dada a uno de los secretarios de Estado, pero con posibilidad de actuar el Procurador General de la República en caso de que el Presidente de la República no haya dispuesto lo contrario.

Se incurre en una nulidad de procedimiento cuando se intenta un proceso a requerimiento del Estado en contravención a las formalidades prescritas en los art. 1ro. y 4to. de la L. 1486 de 1938. Pero hay que observar: por una parte, que el Presidente de la República puede, de acuerdo con el art. 3ro. de la misma ley, subsanar o cubrir la nulidad, ratificando, "con efecto retroactivo, los actos realizados en nombre del Estado por funcionarios o personas carentes de mandato para representarlo, o irregularmente investidos con tal representación, con lo cual se tendrán como regularmente emanados, desde su origen, del Estado mismo"; que, por otro lado, de acuerdo con el art. 20 de la precitada ley, la parte contra quien va dirigido el procedimiento así irregularmente iniciado o proseguido no puede oponer útilmente la nulidad, sino demostrando que el acto le ha causado perjuicio o la ha inducido en error.

Municipios y Distrito Nacional. De acuerdo con los art. 34-11vo. de la L. 3455 de 1954 y 28-16vo. de la L. 3456 de 1954, el órgano representativo de esas entidades en justicia es, respectivamente, el Síndico Municipal o el Presidente del Consejo Administrativo del Distrito Nacional (hoy Ayuntamiento), cuyas actuaciones deben ser precedidas de la correspondiente resolución expresa de los ayuntamientos.

Incoado un proceso en violación de aquellas disposicio-

nes, la parte contraria tiene el derecho de oponer la correspondiente excepción de nulidad contra el acto introductivo de instancia dentro de los términos del derecho común.

Otras personas jurídicas públicas. Las otras instituciones investidas con la personalidad jurídica, como por ej. la Universidad Autónoma de Santo Domingo y la Cruz Roja Dominicana, actúan en justicia mediante los órganos que al efecto establecen las leyes que respectivamente las rigen.

Sociedades y asociaciones. Las sociedades, civiles o comerciales, tienen personalidad jurídica, lo mismo que las asociaciones incorporadas de acuerdo con la L. 520 de 1920. Sus órganos representativos son los gerentes, administradores, directores etc., instituídos de conformidad con el acto constitutivo de cada sociedad o asociación.

CAPITULO II
REPRESENTACION EN JUSTICIA

SECCION I
GENERALIDADES

Posibilidad. A diferencia de lo que ocurría en las legislaciones antiguas, por ej. en el derecho romano primitivo y en el antiguo derecho francés, en las legislaciones modernas la representación en justicia es casi siempre posible, y en algunos casos impuesta por la ley.

Clases. La representación en justicia puede ser: *convencional, legal o judicial.*

La representación convencional, o mandato ad litem, consiste en la procuración conferida por el litigante para que asuma en justicia la tarea de sostener sus pretensiones. Por regla general esta representación es libremente consentida, ante todos los tribunales y para todos los actos del proceso; pero, en los asuntos civiles (y actualmente en los asuntos comerciales) ante el j. de p. i., en los asuntos civiles y comerciales ante la c. de a. y la Suprema C. de Justicia, la ley exige, además, que un mandato ad litem sea conferido a un aboga-

do, para que *postule* por las partes y las defienda ante el tribunal. Se trata, pues, de una representación convencional *obligatoria*.

La representación es legal en el caso del menor o del interdicto, cuyo administrador legal o tutor sostiene sus derechos en justicia como demandante o como demandado.

La representación es judicial respecto del síndico de la quiebra y del administrador de sucesión.

La representación legal y la representación judicial están sujetas a reglas particulares, cuyo estudio corresponde al derecho civil y al derecho comercial. Se tratará aquí solamente de la representación convencional.

SECCION II
LA REPRESENTACION CONVENCIONAL

Principio. En regla general todo litigante, persona física o jurídica, puede conferir mandato a otra persona para que asuma su representación en el proceso, como demandante o como demandado. Este mandato se halla regido por las reglas del derecho común. Los actos del procedimiento, notificaciones, demandas, pedimentos y conclusiones, por ej., son diligenciados, indiferentemente, o a requerimiento del mandante *representado* por el mandatario, o a requerimiento del mandatario actuando en su calidad de tal en nombre del demandante.

Antes de la puesta en vigor de la L. 91 de 1983, que instituye el Colegio de Abogados, en los procedimientos de los asuntos civiles ante el j. de primera instancia y en los asuntos civiles y comerciales ante la c. de apelación y la S. C. de Justicia, a la *posibilidad* de actuar por mediación de mandatario ad litem se unía la *necesidad* de actuar por ministerio de abogado. En estos casos el abogado actuaba en nombre de su cliente, el mandante del mandatario ad litem, por instrucciones directas de éste, en su calidad de mandatario convencional designado por aquél. Había pues, dos mandatos superpuestos: el que el litigante confería a su mandatario; y

el que el mandatario confería, en nombre de su mandante, al abogado que postularía y defendería en el asunto.

Puede afirmarse que este principio se ha invertido con la disposición de los arts. 17 y 18 de la citada L. 91, que se han transcrito infra, (v. Libro II, *El Colegio de Abogados),* según los cuales existe monopolio del abogado como mandatario en todas las materias salvo las que se enuncian expresamente. Las reglas que lo rigen también han sufrido modificaciones.

Empero, nada se opone a que, salvo en los procedimientos exceptuados en el sistema actual del monopolio del abogado puedan coexistir el mandatario no abogado y éste.

Algunas medidas de instrucción, dada su especial naturaleza de actuaciones que deben emanar estrictamente de las partes, escapan a la posibilidad de representación convencional: la comparecencia personal (art. 119); el juramento (art. 120 y 121).

Indicación de la parte. Como acaba de exponerse, es indispensable que en todos los actos del proceso figure el nombre de la parte interesada, aunque ésta se halle representada por un mandatario ad litem. Quien litiga es el mandante en su propio nombre e interés, a través de su mandatario, pero no el mandatario en su propio nombre e interés. En otros términos: las relaciones jurídicas procesales entre demandante y demandado se establecen entre uno y otro personalmente, aun cuando hayan actuado en el proceso representados por mandatarios.

Esta es la razón fundamental que se invoca para sostener que en nuestro derecho actual tiene aun vigencia la máxima tradicional del derecho francés: *nadie puede pleitear por procurador.* El origen histórico de la regla y su vigencia actual han dado lugar a muchas discusiones [17]

Históricamente, parece que en el primitivo derecho francés la regla expresaba la imposibilidad, común a todos los de-

(17) Garsonnet y Cézar-Bru, *Traite*, 365 y s.; Glasson y Tissier, *Traité*, I, 218; H. Solus y R. Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, I. p. 253, y s.; Jean Vincent, *Procedure Civile*, p. 478 y s.

rechos arcaicos, de la representación en justicia: los litigantes debían sostener personalmente sus pretensiones ante el juez. En un período más avanzado del antiguo derecho francés, se pretendió que la regla se oponía a que los señores sostuvieran litigios por medio de un representante, derecho de que solamente el rey podía usar, y se le enunciaba: *nul en France ne plaide par procureur hormis le roi.*

La regla no es enunciada expresamente por la ley; pero algunos textos la suponen en vigor, por lo menos implícitamente: los art. 2 y 61 del C. de Pr. Civil exigen que en las citaciones se enuncien los nombres del *demandante* y del *demandado*; los art. 141 del C. de Pr. Civil y 70 de la L. 3726 de 1953 exigen que la sentencia mencione los nombres de las partes. La jurisprudencia ha admitido siempre que ese precepto está en vigor en el derecho actual. (Casación, 8 de agosto de 1958, B. J. 577, p. 1750).

Este principio puede enunciarse, más correctamente, diciendo que el mandatario no puede pleitear sin dar a conocer el nombre de su mandante. Así entendida, la máxima significa, en primer término, que la parte no puede hacerse representar por un mandatario cuyo solo nombre figure en los actos procesales. Pero nada impide, como se ha expuesto, que el demandante o el demandado estén representados en el proceso, siempre que sus nombres respectivos figuren en los actos del procedimiento conjuntamente con los nombres de sus mandatarios, puesto que, según se ha dicho, esos actos pueden ser preparados, indiferentemente, o a requerimiento de X, demandante o demandado, representado por Z, su *mandatario,* o a requerimiento de Z, en calidad de mandatario de X. La regla sería violada si el mandatario actuara en su propio nombre, sin indicar el nombre del interesado, directa y personalmente, en el ejercicio de la acción; esto podría ocurrir, por ej., si los coherederos interesados en una sucesión, o si los miembros de una asociación sin personalidad jurídica, constituyeran un mandatario ad litem, y éste actuara sin enunciar los nombres de sus mandantes, o indicando solamente el nombre de uno o de algunos de ellos, y designando a los demás como "litis consortes" o "compartes". La apli-

cación de esta regla exige que las notificaciones de los actos del proceso, en caso de pluralidad de partes, aunque se hallen representadas por un mandatario único, sean hechas, conforme al derecho común, no a la persona o en el domicilio del mandatario y por un acto único, sino a cada una de ellas, personalmente o en sus respectivos domicilios, reales o de elección, debiéndose dejar a cada una, una copia de cada acto. La regla significa, en segundo lugar, que nadie puede postular en justicia en favor de los intereses de otro, actuando como gerente de negocios, y sin tener al efecto un mandato especial del interesado en el asunto. Este proceso no conduciría a ningún resultado útil, a menos que el tercero ratificara las actuaciones del gerente de negocios.

Generalmente se da como justificación de la regla el que el hecho de un litigante que disimula u oculta su personalidad detrás de un mandatario sería perjudicial para el derecho de la defensa de la otra parte, al impedirle o por lo menos dificultarle el saber quién es su adversario, y oponerle en consecuencia los medios más aptos para obtener ganancia de causa, entre los cuales podrían encontrarse, por ej., los que resultan del dolo y de la compensación. La doctrina, casi unánimemente, es adversa al mantenimiento de la regla; considera esos peligros como puramente imaginarios, y declara del todo inconsistentes los argumentos justificativos de la prohibición de pleitear por mandatario, la que se mantiene, de acuerdo con esta tesis, únicamente por fuerza de la tradición.

Consecuencias. Los actos del proceso incoado por un mandatario, en violación de la regla precedentemente expuesta, están afectados de nulidad, puesto que contravienen a las disposiciones del art. 61, que exige la indicación del demandante.

De acuerdo con los principios generales esta nulidad es de puro interés privado, de donde resultan estas consecuencias:

1a. La nulidad no puede ser invocada por el litigante cuyo mandatario no lo indicó en los actos del proceso, sino solamente por la parte contraria, en cuyo interés se ha establecido la regla.

2a. La nulidad no puede ser suplida de oficio por el juez.

3a. La parte interesada puede renunciar, aun por anticipado, a su derecho de invocar la violación de la regla. Se cita como ejemplo el caso de que los estatutos de una asociación sin personalidad jurídica permitían conferir un mandato ad litem en cuya virtud el mandatario no esté obligado a indicar en los actos del procedimiento los nombres de los miembros de la asociación. El socio demandado no puede oponer la nulidad de esos actos, puesto que ha renunciado convencionalmente a ese derecho al suscribirse o adherirse a los estatutos de la asociación.

4a. La parte contra quien pleitea un mandatario sin designar a su mandante puede combatir esta irregularidad, como se ha visto, oponiendo una excepción de nulidad, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 2, y 35 y s. de la L. 834.

Como medio de inadmisibilidad, puede ser propuesto ante los jueces del fondo en todo estado de causa, aun en apelación, puesto que se trata de un medio que afecta al fondo, análogo a una defensa, pero no ante la S. C. de J. en funciones de C. de Casación, porque ésta no puede conocer del fondo de los asuntos, según lo prescribe el art. 1ro. de la L. 3726 de 1953 (18).

Inconvenientes. La observación de la regla que ahora se examina acarrea algunos inconvenientes, sobre todo en caso de pluralidad de partes demandantes o demandadas, en razón de que como se ha expuesto, es necesario que los nombres de todas esas partes figuren en los actos del proceso, y de que, por consiguiente, cada una de ellas reciba notificación de esos actos. Esto eleva el costo del procedimiento. La mayoría de la doctrina, por este motivo, postula en favor de una supresión completa de la regla, que considera una supervivencia del

(18) De acuerdo con la definición de los medios de inadmisibilidad del Art. 44 de la L. 834 y la enumeración aparentemente no limitativa contenida en dicho texto, podría aceptarse que la omisión en la designación del mandante pueda oponerse también como un medio de inadmisión puesto que éste se encaminaría a declarar inadmisible la demanda por falta de derecho de actuar, o en su lugar, porque faltaría uno de los elementos característicos de la acción en justicia.

formalismo del antiguo derecho, o de que, por lo menos, esos inconvenientes sean eliminados.

No parece necesario ni conveniente, sin embargo, suprimir en la ley la exigencia de que los nombres de todas las partes figuren en los actos procesales, porque esta formalidad tiende a evitar las posibles sorpresas y la violación del derecho de la defensa a que en ciertos casos se vería expuesto el litigante que no pudiera informarse, a la vista de la demanda quien es su adversario. En cambio podrían suprimirse por completo los inconvenientes de la regla, si se decidiera legislativamente que, en caso de pluralidad de partes, demandantes o demandadas, que han nombrado un apoderado único, bastará una notificación colectiva, a la persona o en el domicilio de este apoderado, para que el acto surtiera efecto con relación a los demandantes o los demandados.

Dispensas de indicación. A veces el proceso puede ser incoado por una persona que, en realidad, actúa en su nombre o en nombre de otro, sin que se halle obligada a indicar en los actos procesales el nombre del interesado o de los otros interesados.

1ro. En los litigios relativos a obligaciones solidarias o indivisibles, cada acreedor o cada deudor puede actuar aisladamente, en razón de que, siendo acreedor o deudor por el todo, deduce en justicia, en su interés propio, el total de la obligación, sin que tenga necesidad de decirse representante de los otros acreedores o deudores (art. 1197 y s., 1222 y s. del C. Civil).

2do. Los art. 55 y 59 del C. de Comercio permiten a los accionistas que representen la vigésima parte del capital social, por lo menos, encargar a uno o más mandatarios para que sostengan sus derechos en justicia, como demandantes o como demandados, contra los gerentes, miembros del consejo de inspección o administradores, según los casos.

3ro. El comisionista, que es un mandatario en asuntos comerciales, puede actuar en su propio nombre, de acuerdo con el art. 94 del C. de Comercio. Por extensión de lo que ocurre en los asuntos comerciales, se admite que una persona puede pleitear en cualquier otro asunto por mediación de un

testaferro, esto es, de un mandatario que se conduce frente a los terceros como si fuera el titular del derecho, sin que el nombre del verdadero interesado figure en los actos procesales.

4to. En materia marítima el capitán actúa en justicia en su propio nombre, como demandante o demandado, por cuenta del armador. La sentencia intervenida aprovecha el armador, y es ejecutoria contra él. Este es un caso de subrogación procesal (supra, libro IV, Cap. II).

Algunos autores incluyen entre las excepciones a la regla, o entre los casos en que la regla no se aplica, las acciones intentadas por los mandatarios legales o judiciales, como el tutor del menor o del interdicto, y las acciones intentadas por una persona jurídica. Pero es evidente; por una parte, que las acciones que interesan al menor o al interdicto son intentadas en nombre de ellos por sus representantes respectivos, o contra ellos en la persona de sus representantes, y que los nombres de los representados deben figurar en los actos procesales, como demandantes o demandados; por otra parte, que las personas jurídicas actúan en justicia mediante sus respectivos *órganos*, y que éstos no pueden ser equiparados a los representantes o mandatarios de las personas físicas.

Quien puede ser mandatario. Puede serle conferido mandato ad litem a toda persona capaz de ser mandatario según el derecho común (art. 1990 del C. Civil), incluso por consiguiente a un menor emancipado.

La ley no prohibe de un modo general y expreso a los funcionarios y empleados judiciales y agentes del ministerio público el aceptar una procuración ad litem. Solamente, para los asuntos comerciales, los art. 620 y 621 del C. de Comercio prohiben a los magistrados y a los alguaciles representar a las partes; pero una prohibición general y absoluta parece resultar, sin embargo, para todas esas personas, de la generalidad de los términos del art. 6 de la L. de O. J., que les prohibe el ejercicio de la abogacía: este mandato implica la posibilidad de abogar en defensa de otro.

Por excepción a la regla, los agentes del ministerio público pueden recibir procuración del Estado para representar-

lo en justicia (art. 5 y s. de la L. 1486 de 1938), tanto a título de simples mandatarios ad litem como de abogados.

Justificación del mandato. El que quiera incoar un proceso a nombre de otro debe justificar en todo momento la existencia de la procuración de que se prevale. En el momento de notificar la citación el alguacil puede exigirle que justifique su calidad de mandatario. La parte contraria tiene igualmente derecho, en todo estado de causa, de exigir la justificación del poder que tiene el mandatario para representar a su contraparte. El tribunal apoderado de la demanda debe asimismo exigir esa prueba.

Esta regla, no expresamente formulada, resulta implícitamente de las diversas disposiciones legales que, en ciertos casos, eximen al mandatario ad litem de la obligación de probar su mandato: a los abogados en materia comercial (art. 618 del C. de Comercio); a los abogados y funcionarios que actúan judicialmente en representación del Estado (art. 3 de la L. 1486 de 1938).

La regla expuesta es una aplicación de los principios generales que rigen el mandato: el que asume una representación ad litem y trata, en esa calidad, de sostener en justicia las pretensiones de otro, debe justificar, ante la parte contraria y ante el tribunal, que ha recibido la procuración que lo habilite para concurrir al desarrollo de la situación jurídica procesal, cuyas consecuencias, como se ha expresado, van a recaer sobre la persona del poderdante.

Forma de la procuración. En materia comercial el art. 618 del C. de Comercio autoriza a la parte a otorgar oralmente el poder en audiencia. Esto mismo puede admitirse en los asuntos de que conoce el T. de Tierras, en los asuntos de referimiento, ante el j. de paz y el T. de Confiscaciones, por tratarse de procedimientos similares al de los asuntos comerciales en los que, como ya se ha expresado, las partes podían defenderse por sí mismas.

El art. 619 del C. de Comercio exige que la procuración sea otorgada por escrito por la parte que no comparece personalmente, y que deberá ser mostrada al secretario, antes de la audiencia. Esta disposición puede aplicarse, por analogía,

a los otros asuntos de la competencia del j. de primera instancia y a los asuntos de la competencia del j. de paz. El art. 67 de la L. de R. de T. contiene una disposición análoga. El art. 3 de la L. 1486 de 1938 exige igualmente que se otorgue por escrito la procuración conferida para representar al Estado en justicia.

Por otra parte, según lo manda el art. 421 para los asuntos comerciales, disposición aplicable por identidad de motivos a los otros casos, el poder debe ser especial, o, lo que es lo mismo, que debe indicar el proceso para el cual la representación es conferida; de donde resulta que es inoperante, como mandato ad litem, el poder conferido en términos generales para administrar los negocios del poderdante, o aun para representarlo en justicia, sin indicar un determinado litigio.

No obstante lo indicado, como una deducción lógica de las previsiones tanto de los arts. 17 y 18 de la aludida L. 91, como de la L. 302 de 1964 sobre Honorarios de Abogado, en su art. 6, no puede obligarse al abogado a exibir su mandato ni éste ha de ser expreso y especial, salvo cuando se requiera determinar si tiene facultad para realizar los actos denegables por el cliente.

Extensión del mandato. Para determinarla es preciso distinguir entre las actuaciones ordinarias o normales, y las que pueden llamarse actuaciones extraordinarias o anormales del proceso.

Entre las primeras se encuentran naturalmente las diligencias que tienden a la estricta ejecución del mandato: incoar la demanda, dar y recibir comunicación de documentos, concluír a la admisión o al rechazamiento de medios de prueba, pleitear y concluír en cuanto al fondo, notificar pura y simplemente las sentencias favorables a las pretensiones del mandante. Todas estas actuaciones entran evidentemente dentro de los términos de un mandato ad litem otorgado, como generalmente ocurre, para representar al mandante en todo lo relativo a un determinado proceso ante un tribunal determinado. Son, por consiguiente, oponibles al mandante.

En la segunda categoría de actuaciones se comprenden aquellas que implican ofrecimientos, consentimientos y confesiones, de los cuales podrían derivarse aquiescencia o transacción en merma de los derechos del mandante, como por ej.: renunciar parcial o totalmente a la demanda, desistir de la acción, aceptar en cualquier forma las pretensiones del adversario. Se ha pretendido, sin fundamento serio, que estas actuaciones serían plenamente oponibles al mandante, quien, al otorgar el mandato, pudo haberse explicado claramente acerca de la extensión de las facultades conferidas a su apoderado, a fin de impedir toda extralimitación de parte de éste; no habiéndolo hecho así, el mandante debería responder de los abusos o excesos cometidos por su mandatario en la ejecución de un mandato insuficientemente precisado en cuanto a su extensión. También se ha sostenido que el mandante no podría hacer caer esos actos sino recurriendo al procedimiento de la denegación, regulado por los arts. 352 y s.; pero esto es igualmente insostenible, porque el procedimiento de la denegación es aplicable solamente a los actos de los abogados y alguaciles, auxiliares de la justicia, y no a los actos de los mandatarios que no tienen esa calidad. Debe admitirse, por el contrario, que este mandato está sujeto, en cuanto a su extensión, a las reglas del derecho común en cuya virtud basta al mandante desconocer o dar por no hechas las actuaciones del mandatario que salgan de los límites del mandato conferido, sin necesidad de recurrir al procedimiento de la denegación.

Conclusión del mandato. El mandato ad litem cesa por las causas que ponen fin a todo mandato (art. 2003 y s. del C. Civil): terminación de la instancia o del proceso; revocación del mandato o renuncia del mandatario; muerte, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario.

SECCION III

EL MANDATO AD LITEM NECESARIO

En qué consiste. Como se ha explicado (supra, libro II,

Monopolio), en todos los asuntos civiles, comerciales y penales, excepto en materia criminal, habeas corpus y laboral, se exige que las partes se hagan representar por abogado. Este mandato *ad litem* resulta de un convenio entre el litigante y el abogado que tiene que ser conferido obligatoriamente por las partes. Las partes no pueden ni postular ni defenderse por sí mismas, sino representadas por un abogado. Esto ha sido siempre así para la postulación, o sea para los actos procesales que anteceden a la audiencia, como las peticiones y ofertas de comunicación de documentos, etc. Pero también lo es después de la antigua L. 1015 de 1935 y de acuerdo a las regulaciones a partir de 1978, para la defensa en audiencia que dejó de ser oral, y consiste en la lectura de un acto de conclusiones. De esto resulta que la disposición del art. 85 que permite a las partes, acompañadas de sus abogados, defenderse por sí mismas, y que supone por eso mismo la necesidad o por lo menos la posibilidad de un debate oral ha sido implícitamente abrogada a partir de la L. 1015. Actualmente pues, el mandato del abogado abarca también necesariamente la lectura de las conclusiones. Como se ha expresado, el art. 77 del C. de Pr. Civil, modificado por la Ley 845 de 1978, suprimió el procedimiento ordinario. Las partes se limitarán a exponer sus conclusiones motivadas y el Juez concederá plazos para escritos de réplica y contrarréplica.

Este sistema se justifica, esencialmente, por la circunstancia de que, la mayor parte de los asuntos judiciales debido a la delicadeza y la complejidad de las cuestiones a resolver, el procedimiento es necesariamente complicado y tiene un pronunciado carácter técnico, accesible únicamente a los profesionales del derecho, por consiguiente fuera del alcance de las habilidades y conocimientos que usualmente poseen los litigantes. La ley, al extender la obligatoriedad del ministerio de abogado, ha introducido en el proceso, ciertamente, un rodaje que, a primera vista, es una complicación más, que se une a las que resultan de la forma de los actos y de los plazos que deben ser observados en el procedimiento. Pero esta exigencia se justifica plenamente, dentro de la necesidad ineludible de un formalismo procesal en toda legislación. El

ministerio forzoso del abogado hace desaparecer las desigualdades en que una de las partes pudiera encontrarse frente a la otra por causa de que una de ellas posea conocimientos jurídicos o habilidad en la manipulación de los trámites del proceso, o los recursos económicos que le permitan utilizar un profesional como consejero o como mandatario ad litem ordinario, de que careciera la otra. El abogado cumple en esto dos misiones principales, relacionadas con el carácter de servicio público inherente a su profesión. Como auxiliar de las partes e intermediario entre ellas el abogado tiene que evitar que el litigante adverso, a favor de una mejor preparación, técnica o económica, sorprenda o perjudique en cualquier forma a su cliente. Como auxiliar del juez, tiene el deber de presentar y sostener las pretensiones de su cliente de la manera más verídica, sincera y ajustada a derecho, sin recurrir a subterfugios, habilidades, rodeos o artificios reñidos con la moral y la seriedad profesional (v. art. 78-b de la L. de O. J.). Sin el ministerio del abogado, en el doble aspecto indicado el juez quedaría "en contacto directo con la impericia jurídica y con la mala fe de las partes litigantes". [19]

Forma. A diferencia del otorgado a un particular el mandato ad litem conferido al abogado puede ser expreso o implícito, oral o escrito. Generalmente es implícito y resulta de la entrega de los documentos.

Naturaleza. La representación judicial del cliente que el abogado asume es un mandato asalariado, que no está sujeto, sin embargo, a todas las reglas del derecho común a causa de que la profesión del abogado es asimilable a una verdadera función pública, ya que es un auxiliar de la justicia, al mismo

(19) Calamandrei, *Demasiados abogados*, trad. de J. R. Xiriau, p. 5, quien agrega, p. 7, que "el abogado constituye una especie de sonda lanzada por la organización judicial hacia la litigiosidad para comprobar la seriedad y fundamentación de los pleitos en preparación, y para evitar que lleguen al tribunal los que están evidentemente promovidos por un deshonesto espíritu de temeridad; y puesto que del consejo del abogado depende casi siempre el que un conflicto de intereses privados se resuelva en una transacción o se envenene en un pleito, el abogado que sienta la importancia social de su misión podrá ser verdaderamente como un centinela avanzado de los tribunales contra los asaltos de los litigantes de mala fe".

tiempo que cumple los deberes, de carácter privado, que le incumben como mandatario.

Por otra parte, el mandato del abogado es un acto que obligatoriamente debe otorgar el litigante, en los asuntos y ante los tribunales indicados, a título de requisito indispensable para litigar como demandante o como demandado.

Extensión. Dentro del mandato del abogado quedan incluídos todos los actos del procedimiento que tienden normalmente al desarrollo de la situación procesal, sea desde el punto de vista del demandante, sea desde el punto de vista del demandado: requerir la notificación de la demanda, dar y solicitar comunicación de documentos, notificar defensas y réplicas, concluír en audiencia, solicitar medidas de instrucción y concurrir a ellas, formar oposición a una sentencia en defecto por falta de concluír, etc.

Estos actos son oponibles al cliente, aun cuando lo perjudiquen, puesto que forzosamente caen dentro del círculo de las actuaciones necesarias para la postulación y la defensa de la causa, materias constitutivas del mandato ad litem del abogado.

El cliente no puede, pues, ni declarar que desconoce esos actos, ni incoar el procedimiento de la denegación para hacerlos caer. Esto se explica porque, dadas las condiciones de competencia profesional y de moralidad exigidas para el ejercicio de la abogacía, el abogado se halla, frente al litigante a quien representa, en una situación de relativa independencia, que le permite y le exige actuar con mayores miramientos hacia las reglas de su profesión que hacia las conveniencias, a veces poco legítimas, de su cliente. La parte contraria, por su lado, al concurrir al proceso en esas condiciones, tiene derecho a contar con la estabilidad de los actos emanados del abogado de la parte contraria, y a no verse expuesta a las consecuencias de un desconocimiento o de una denegación que de esos actos pudiera intentar el otro litigante. El cliente puede solamente ejercer contra su abogado una acción para resarcirse de los perjuicios que éste pueda haberle causado con la ejecución inconveniente del mandato, conforme al derecho común.

Fuera de los indicados, hay dos clases de actos para los que el abogado necesita poder especial: en la primera el poder es requerido a pena de denegación; en la segunda es requerido a pena de nulidad.

Actos denegables. Son, de acuerdo con el art. 352, las *ofertas, las manifestaciones, los consentimientos.* Estos actos, implicativos de abandono de un derecho, pueden tener graves consecuencias sobre los intereses de la parte. De ahí el régimen especial a que se hallan sometidos: la parte puede, con su silencio, reconocerles plena eficacia, dándolos por incluídos en el mandato de su abogado; pero puede por el contrario hacerlos caer demostrando que no otorgó un poder especial para consentirlos. Ejemplos: el ofrecimiento de la prueba testimonial, que expone al que lo hace a las consecuencias de los resultados de una contrainformación; la renuncia al derecho de oponer una nulidad o una caducidad; el deferir al adversario el juramento decisorio; el concluír al fondo, renunciando así a una excepción que el cliente había recomendado proponer; la aquiescencia expresa o implícita a un fallo desfavorable en todo o en parte a las pretensiones del cliente, implicativa de renunciación al ejercicio de los correspondientes recursos contra el fallo.

Se admite generalmente que la parte debe también recurrir al procedimiento de la denegación cuando pretenda que el abogado asumió su representación sin haber recibido mandato al efecto; esto es necesario no solamente para hacer caer los efectos de esa representación irregular frente a la parte contraria, sino también cuando se conteste la existencia del mandato para eludir los efectos que pueden derivarse del mismo, como por ejemplo la obligación de pagar al abogado el importe de las costas que pretenda cobrar.

La enumeración dada por el art. 352 es limitativa.

La parte frente a quien el abogado hace uno de los actos previstos por el art. 352 tiene derecho de exigir la justificación del poder que al efecto le haya otorgado su cliente, puesto que ella tiene evidente interés en prevenir un posible procedimiento de denegación.

Inadmisibilidad. La denegación es inadmisible, aunque el abogado haya actuado sin procuración especial: 1o., cuando el acto no ha causado ningún perjuicio al cliente, pues en este caso no existe interés en denegarlo; 2o., cuando el cliente ha ratificado el acto consentido sin mandato.

Prueba. Según algunos autores, en esta materia serían aplicables las reglas ordinarias del mandato. Al abogado o al alguacil incumbe probar que recibió mandato para uno de los actos mencionados en el art. 352.

En otra opinión se sostiene que la prueba está a cargo del cliente que pretende que el acto ha sido hecho sin autorización. Hay, en efecto, una diferencia importante entre el mandato ad litem y el mandato conferido para un asunto ordinario o mandato *ad negotium*, que resulta de la comparación de los arts. 352 del C. de Pr. Civil y 1998 del C. Civil. En el mandato ordinario es al tercero que opone a otro un acto consentido en su nombre a quien corresponde probar la existencia del mandato. El tercero es un actor, y él debe, conforme a los principios generales, probar el mandato de que estaba provisto el que contrató con él en nombre de la otra parte. De esto resulta que, en caso de contestación, el mandato ordinario es presumido inexistente, y también lo es el acto consentido por el mandatario, hasta que se pruebe la existencia del mandato. Pero la solución tiene que ser diferente para el mandato ad litem del abogado. El carácter de sus funciones, las garantías con que se halla rodeado su ejercicio, y el interés de las otras partes en causa, hacen que la ley *presuma* que el abogado tiene el poder necesario para los actos enumerados en el art. 352; esta presunción puede caer, cuando sea contraria a la verdad, no con un simple desconocimiento del acto del abogado, sino sólo mediante el procedimiento de la denegación.

Actos de alguacil. La denegación es también aplicable a las actuaciones del alguacil, mandatario de la parte para la preparación de diversos actos del procedimiento. Esto resulta de la rúbrica del título que incluye los arts. 352 y s., y también lo da a entender el art. 358, que supone una denega-

ción dirigida contra un acto que no forma parte de un proceso.

Actos anulables. Para otorgar los actos de esta segunda categoría, de carácter más grave que los de la categoría más anterior (actos denegables), no solamente no se presume la existencia del mandato ad litem del abogado, sino que la ley exige expresamente, bajo pena de nulidad, que el abogado se halle provisto de un poder especial, a veces de un poder auténtico. Ejemplos: la inscripción en falsedad (Art. 218); la recusación de un juez (Art. 364); la recusación de un perito (Art. 309); el desistimiento de instancia (Art. 402; Casación, agosto 1951, B. J. 565, p. 1803); la demanda en responsabilidad civil contra un juez (Art. 511); la puja ulterior consecutiva a la enajenación voluntaria (Art. 2185 del C. Civil).

Cuando el abogado ha hecho uno de estos actos sin haber recibido poder especial, el cliente puede darlos por no otorgados, sin necesidad de recurrir al procedimiento de la denegación. En lo que le concierne, la parte contraria puede arguirlos de nulidad.

Cómo termina. El mandato del abogado concluye por las siguientes causas: 1o. Por la revocación de sus poderes o por la renuncia de su mandato.[20] Sin embargo, para que estas causas de extinción produzcan efectos frente a la parte contraria, el Art. 75 exige que se acompañe la primera y siga la segunda de la constitución de otro abogado. 2o. Por la terminación de la instancia y del proceso. Pero el Art. 1038 prolonga el mandato durante seis meses a partir de la sentencia definitiva, en lo que concierne a la ejecución de ésta. 3o. Por el fallecimiento del abogado. 4o. Por la pérdida tem-

(20) **V. en relación con la revocabilidad del mandato del abogado, Casación, 10 de noviembre, 1965, B. J. 660, p. 833.**
El Art. 7 de la L. 302 de 1964 sobre Honorarios de los Abogados prohibe dar mandato o encargo a otro abogado, sin antes satisfacer el pago de las costas judiciales que pudieren corresponder al abogado. En tal virtud, la constitución de nuevo abogado, en el estado actual de nuestra legislación, deberá estar precedida en caso de revocación, de la liquidación de los costos a los que tuviere derecho el abogado cuyos poderes hubieran sido revocados. Se exceptúan naturalmente, los casos de muerte del abogado o imposibilidad del ejercicio de la profesión.

poral del ejercicio de la profesión pronunciada como pena disciplinaria de acuerdo con el Art. 142 de la L. de O. J. 5o. Por la aceptación por el abogado de una función judicial, a causa de la incompatibilidad establecida por el Art. 6 de la L. de O. J.

En las tres últimas causas la extinción del mandato del abogado son al mismo tiempo causas de la interrupción de la instancia (Art. 342 y s.).

SECCION IV

EL MANDATO AD LITEM OCASIONAL

Generalidades. Antes de la puesta en vigencia de la ley 91 de 1983, que establece la regla de la obligatoriedad del ministerio de abogado en todos los tribunales, con ciertas excepciones, se hacía necesario aclarar algunos aspectos acerca de este mandato ocasional en los asuntos comerciales, de referimiento, ante el Tribunal de Tierras, en materia de confiscaciones y ante los jueces de paz en los cuales no era obligatorio dicho ministerio. Después de las modificaciones referidas, no se plantea esa necesaria aclaración, al no admitirse el representante no abogado.

Lógicamente, el abogado que postule en materia criminal y de habeas corpus no necesita exhibir su mandato.

TITULO IV

EL LITIGIO

Como elemento del proceso. El proceso, según se ha apuntado, es el medio o instrumento jurídico que las partes a quienes divide un diferendo de intereses deben emplear para obtener del juez que dicte sentencia dirimitoria: el litigio es, pues, el elemento objetivo del proceso, como las partes son su elemento subjetivo.

En todo litigio es preciso distinguir el *objeto* y la *causa,* que son también dos de los elementos constitutivos de la

demanda en justicia (supra, libro IV, Tit. II). La distinción es hecha en el art. 1351 del C. Civil, al establecer que la autoridad de la cosa juzgada inherente a una decisión judicial tiene lugar solamente: cuando la *cosa demandada* (objeto de la demanda) y la *causa de la demanda* sean las mismas en el nuevo proceso que en el decidido por la sentencia cuya autoridad se invoca, y cuando, además, la nueva demanda intervenga entre las mismas partes activas y pasivamente, actuando con las mismas cualidades.

Objeto. Es el contenido de la pretensión del demandante, o sea la finalidad que persigue obtener con el ejercicio de la acción, la cual puede ser (supra, libro IV, Tit. I), la protección, la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica. Así: el objeto de la acción posesoria es proteger la situación jurídica de poseedor; el de la acción en divorcio es extinguir la situación jurídica de personas casadas y crear al mismo tiempo la de personas aptas para contraer otro matrimonio; el de la acción del interdicto en levantamiento de la interdicción es recuperar la capacidad, esto es extinguir su situación jurídica de interdicto; el de la acción en petición de herencia es hacer declarar que el demandante tiene la situación jurídica de heredero, y que por consiguiente es propietario de los bienes hereditarios.

Causa. La causa del litigio es el fundamento jurídico en que se apoya la pretensión del demandante: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley. El que pretende que se le reconozca acreedor puede apoyar su demanda, según los casos, en una cualquiera de estas causas. El que reivindica un inmueble puede fundar su pretensión en un acto traslativo de propiedad, como una venta o un legado, o en la usucapión, o sea en la ley.

TITULO V

INMUTABILIDAD DEL PROCESO

Principio general. El proceso debe permanecer inalterable, idéntico a como fue en su comienzo, tanto con respecto

a las partes en causa como al objeto y a la causa del litigio, hasta que se pronuncie la sentencia que le pone término. [21]

Excepcionalmente el proceso puede variar de extensión desde ambos puntos de vista, el de las partes y el del litigio, a consecuencia de ciertos incidentes.

Por otro lado, en el proceso de saneamiento inmobiliario, que se desenvuelve ante el T. de T., hay que tener presente: 1o., que el concepto de parte no es el mismo que en los demás procesos, puesto que se trata de un procedimiento *in rem*, dirigido innominadamente contra todo interesado, siendo parte todo aquél que tenga derecho o interés en los terrenos sometidos al saneamiento, aunque su nombre no figure en las citaciones lanzadas por el tribunal para que los interesados presenten sus reclamaciones, sino meramente designado con la mención "a todos a quienes pueda interesar" (art. 64 de la L. de R. de T.); 2o., que el objeto de este proceso no tiene una determinación precisa, sino que está constituído por el conjunto de los derechos o intereses registrables, a todos los cuales debe necesariamente referirse la sentencia final del T. de T. (art. 86 de la L. de R. de T.).

En cuanto a las partes. Normalmente, ninguna de las partes del proceso puede ser sustituída por otra persona, ni cambiar la calidad con que figuró en el comienzo de la litis. El demandante puede, naturalmente, enajenar en favor de un tercero el derecho o el interés deducido en juicio; pero en este caso el cesionario es un mero continuador, a título particular, del demandante. Por otro lado, cuando muere una de las partes, sus herederos continúan el proceso en que figuraba su autor, sin necesidad de que sea incoada nueva demanda: los herederos, en efecto, representan procesalmente a su autor, activa y pasivamente, puesto que son sus continuadores jurídicos.

El único efecto del fallecimiento de la parte, de acuerdo con lo que disponen los arts. 342 y s., es el de *interrumpir* la instancia, cuando el asunto no se halla todavía en estado, o sea antes de la lectura de las conclusiones en audiencia o de la

(21) Jean Vincent, *Procedure Civile*, pág. 519 y s.

expiración de los plazos dados para depositar escritos de ampliación, réplicas y contrarréplicas.

Por derogación a este principio, la ley admite la presencia de nuevas partes en el proceso, en dos casos (art. 339 y s); cuando hay *intervención voluntaria* de un tercero, y cuando hay demanda en *intervención forzosa* formada contra un tercero.

Respecto al objeto y la causa. Según se ha expuesto (supra, libro IV, Tit. II), el demandante puede juntar, en una misma demanda, varias pretensiones, aunque no tengan ninguna relación con otras. Pero él no puede, en principio, someter al juez otras pretensiones que las contenidas en la demanda; por su parte, el demandado tiene que limitarse a combatir la demanda, bien sea en la forma, proponiendo una excepción o un medio de inadmisibilidad, bien en cuanto al fondo, pidiendo su rechazamiento. Ambas partes tienen que limitarse, pues, a controvertir en torno al objeto y la causa del litigio, con la extensión que el demandante les dió en la demanda. En lo que le concierne, el juez tampoco puede alterar, ampliándolos o restringiéndolos, el objeto y la causa del proceso enunciados en la demanda.

Por excepción a esta regla, el objeto y la causa del proceso pueden variar por efecto de la admisión, en ciertas condiciones, de demandas adicionales, reconvencionales y provisionales, y de demandas nuevas.

Adicionales, reconvencionales, provisionales. Las demandas adicionales y reconvencionales (supra, libro IV, Tit. II), tienen como resultado modificar o ampliar el objeto y la causa del proceso, según se hallan determinados en la demanda principal.

También los modifican o amplían las demandas *provisionales* (infra, tít. XIII), que puede intentar una de las partes contra la otra a fin de evitar un perjuicio que podría derivarse del proceso.

Demandas nuevas. Hay demanda nueva cuando en el curso del proceso el demandante formula una pretensión que difiere de la contenida en la demanda introductiva de

instancia por su objeto o por su causa. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el demandante, después de haber concluído en la citación a que se le reconozca un usufructo, pide en sus conclusiones de audiencia que se le reconozca el derecho de propiedad: aquí hay cambio en el objeto de la demanda. También hay demanda nueva cuando el demandante, después de haber motivado su demanda en cobro de indemnización en la falta personal del demandado, de acuerdo con el art. 1382 del C. Civil, pretende en audiencia que se acojan sus pretensiones fundándose en que, de acuerdo con el art. 1384, el demandado es responsable del hecho de otro: en este caso hay cambio en la causa de la demanda.

La ley no enuncia de un modo general y expreso la prohibición de las demandas nuevas. Para la instancia de apelación el principio se induce por argumento a contrario del art. 464, que permite las del demandado cuando sirvan de medio de defensa a la demanda principal, y las de ambas partes cuando tengan por objeto reclamar accesorios vencidos o daños y perjuicios experimentados después de la sentencia del primer juez. La prohibición general de las demandas nuevas parece resultar, sin embargo, de la obligación impuesta al demandante por el art. 61 de indicar el objeto de la demanda: es este objeto lo que va a ser materia de controversia entre las partes, y tema de la decisión del juez.

En cambio, el demandante puede, sin cambiar el objeto o la causa de la demanda, sostener sus pretensiones fundándose en *medios* nuevos, o sea, no invocados en la demanda. El art. 61 exige también que en la citación se indiquen *sumariamente* los *medios* en que se funda la demanda; pero esta disposición no tiene, según se admite generalmente, el mismo alcance que la que exige indicar el *objeto* de la demanda. Al consignar el objeto de su demanda, el demandante queda ligado por su propia enunciación, y, si lo sustituye por otro, intenta una demanda nueva; en cambio, aun permaneciendo dentro de esa enunciación, el demandante puede justificarlo con otros medios no invocados en la demanda. También puede, naturalmente, desenvolver esos medios en trámites procesales ulteriores. Con mayor razón puede justificar sus pre-

tensiones con argumentos *nuevos*.

La prohibición de intentar demandas nuevas se aplica también al demandado, por idénticas razones. La parte demandada puede proponer todos los medios conducentes a hacer rechazar la demanda por improcedente o infundada, esto es contradecir directa o indirectamente las pretensiones del demandante, dentro de los términos fijados en la demanda; pero si quiere plantear una cuestión completamente ajena al objeto y la causa de la demanda, ella tiene que, o intentar una acción por separado, o incoar una demanda reconvencional, sujetándose a las correspondientes reglas de forma.

La regla no se opone a que las partes, en el curso del proceso, modifiquen sus primeras conclusiones, siempre que no alteren fundamentalmente sus demandas y se limiten a desenvolverlas o a pedir meros accesorios no solicitados anteriormente.

La prohibición de las demandas nuevas no es una regla de orden público, sino de interés privado. Tiende a evitar que una de las partes sorprenda a la otra obteniendo una decisión sobre cuestiones ajenas al objeto y la causa del proceso. Las partes pueden, por lo tanto, poniéndose de acuerdo expresa o implícitamente, renunciar a su derecho de proponer la inadmisión de las demandas nuevas, y, concluyendo también sobre éstas, permitir que el juez decida respecto de unas y otras.

TITULO VI

APODERAMIENTO DEL TRIBUNAL [22]

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Iniciación del proceso. Las reglas formales que rigen el

(22) En las primeras ediciones de esta obra el título VI trataba del preliminar de conciliación previsto en los antiguos Arts. 48 y sigs. El Título I del Libro II del Código de Pr. Civil fue derogado por la L. 5119 de 1959 que suprimió el preliminar de conciliación y lo sustituyó por el actual Título I *De las medidas conservatorias previas a la demanda* que serán tratadas en el libro IX de esta obra.

proceso, en general, y cada una de las *instancias* o etapas en que pueda dividirse, tienen como finalidad asegurar, especialmente al demandado, los derechos de la libre defensa. El apoderamiento del tribunal es el acto procesal con que se inicia cada una de las instancias ordinarias del proceso, o la instancia única en los casos en que el segundo grado de jurisdicción es suprimido. A partir del conocimiento que de ese acto se da al demandado, éste contrae la obligación de comparecer en juicio, al mismo tiempo que se encuentra en condiciones de defenderse.

Diversos modos. [23] El juzgado de p. i., el j. de paz y la c. de apelación son generalmente apoderados por una citación, acto preparado por alguacil, mediante el cual el demandante expone el contenido y los fundamentos de la *demanda y cita* al demandado para que comparezca ante el tribunal. *Demanda y citación* van reunidas en el mismo acto procesal. Este modo de apoderamiento constituye nuestro derecho común, y es por consiguiente el que debe emplearse a falta de disposición legal en contrario. [24]

En el procedimiento del recurso de casación, el apoderamiento de la S. C. de Justicia resulta, según lo disponen los arts. 5 y s. de la L. 3726 de 1953, de un memorial contentivo del recurso, o sea de la *demanda,* el que es seguido de una autorización dada por el Presidente a fin de que el demandante cite a la parte recurrida, por ministerio de alguacil, para comparecer en juicio. En este procedimiento la *demanda* es un acto procesal que procede a la *citación*. Demanda y citación constituyen, pues, actos procesales *sucesivos.*

En los procesos relativos a la separación de bienes y a la responsabilidad civil contra los jueces, la instancia se inicia, según lo disponen respectivamente los arts. 865 y 510, mediante una *citación* notificada al demandado, previa autorización del tribunal que va a conocer de la demanda. Aquí *demanda y citación* constan en el mismo acto; pero las debe

(23) Glasson y Tissier, Traité, II, 475; Jean Vincent, ob. cit. pág. 573 y sig.

(24) El Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés creó otro modo de apoderamiento previsto en el Art. 750, que es el llamado requerimiento o apoderamiento conjunto, dirigido al secretario del tribunal.

preceder una formalidad previa, la *autorización.*

La *demanda* es a veces presentada al tribunal, y luego éste requiere la citación del demandado para que comparezca en juicio. Esto ocurría en los casos de ciertos diferendos entre esposos, previstos por los antiguos Arts. 213, 215 y 216 del C. Civil; [25] la presentación de la *demanda* por el demandante precede a la *citación* diligenciada a requerimiento del Tribunal.

Ante el Tribunal de Confiscaciones, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 19 de la L. 5924 de 1964, el apoderamiento de este tribunal resulta de una instancia que se deposita en secretaría, "copia de la cual deberá ser notificada a la parte contra quien se persigue la acción, dentro de los cinco días siguientes al del depósito". En este procedimiento, no existe propiamente hablando, una *citación*, puesto que la ley únicamente habla de una notificación de la instancia, a la parte contraria la que, "dentro de los 30 días del depósito de la instancia", "depositará en la misma Secretaría del Tribunal su contestación", "y la notificará a la parte adversa o a su abogado". La misma disposición legal prevé más adelante, que "a petición de la parte más diligente, el Tribunal fijará una audiencia para conocer del caso". Lógicamente, y aunque la ley no lo establezca, la parte que persiga dicha audiencia, deberá notificar a la otra parte o a su abogado la fecha de dicha audiencia, a fin de discutir el asunto.

El apoderamiento del tribunal resulta, en el proceso de saneamiento inmobiliario, de un acto del Estado, el *requerimiento* fiscal de saneamiento dirigido al Tribunal de Tierras por el Abogado del Estado, conforme a lo que dispone el

(25) La L. 855 de 1978 modifica los Arts. 213 y sig. del Código Civil creando disposiciones que rigen las relaciones de los cónyuges entre sí. El Art. 214 actual, provee un procedimiento especial para el caso de incumplimiento de parte de uno de los esposos de sus deberes en la contribución a los gastos del hogar común, permitiéndole obtener del J. de Paz autorización para embargar retentivamente los salarios del cónyuge en falta. La misma disposición legal indica que, antes de decidir el asunto, el juez llamará a los esposos por medio de carta certificada indicando el a asunto. Como la citada disposición legal se refiere específicamente al caso de incumplimiento, es indudable que el J. de P. I es competente para conocer, de acuerdo con las normas del derecho común de otros diferendos entre los cónyuges. Las disposiciones legales citadas crean, sin lugar a dudas, una descentralización en cuanto a la competencia, en esta materia.

art. 61 de la L. de Registro de Tierras. Al recibir este requerimiento el T. de T. *cita* a los interesados para que intenten sus demandas y al mismo tiempo o después los *cita* para que comparezcan en juicio. Aquí el *apoderamiento* precede a la *citación*, y ésta a la *demanda*. (Art. 63 de la L. de R. de T.).

En materia de *recusación*, la *demanda*, tanto en primera instancia como la contentiva del recurso de apelación, se interpone mediante acto otorgado en la secretaría del tribunal. La citación es suprimida. Aquí la demanda misma es el acto que apodera al tribunal.

En ciertos casos de referimiento, relativos a la fijación de sellos por causa de fallecimiento, formación de inventario, embargo ejecutivo, el juez queda apoderado en virtud de acta levantada por un oficial público (juez de paz, notario público, alguacil).

El j. de paz puede ser apoderado mediante la comparecencia voluntaria de las partes.

En materia de accidentes del trabajo, el j. de paz es apoderado por el aviso del accidente.

Plan de Exposición. En el próximo capítulo se expondrá el apoderamiento del tribunal en los asuntos civiles, comerciales y de referimiento. Los otros modos de apoderamiento del mismo, y los relativos a los procedimientos ante el j. de paz, el T. de Confiscaciones, la c. de apelación y la Suprema C. de Justicia, serán expuestos con ocasión de cada uno de los procedimientos que se siguen ante estos tribunales, y de los recursos para impugnar las sentencias.

CAPITULO II

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

SECCION I

EL ACTO DE EMPLAZAMIENTO

Principios generales. En toda materia, la citación para comparecer ante el j. de p. i. está sujeta, en su redacción y

su notificación, en primer término, a las formalidades intrínsecas y extrínsecas de carácter general impuestas a los actos de alguacil (supra, libro III, Cap. I); en segundo término, a las formalidades exigidas en los art. 61 y s., 425 y s., 101 y s. de la L. 834 de 1978.

Diferencias. En sus detalles el emplazamiento difiere según que se trate de asuntos civiles, comerciales o de referimientos.

SECCION II

MATERIA CIVIL

Enunciaciones comunes. En todos los asuntos civiles, el emplazamiento debe contener, de acuerdo con el art. 61, las siguientes enunciaciones particulares: constitución de abogado; elección de domicilio; objeto de la demanda y medios en que se funda; tribunal ante el cual se intenta la demanda; plazo de la comparecencia.

Constitución de abogado. El emplazamiento debe contener la *designación del abogado que postulará y defenderá por el demandante*, con indicación de su estudio, permanente o ad hoc, en la ciudad en donde tenga su asiento el tribunal que va a conocer de la demanda (art. 61-1°.). Esta mención comprueba que el demandante confiere mandato ad litem al abogado que indica el emplazamiento; es a este abogado a quien el demandado hará notificar el acto de constitución del abogado que lo defenderá.

La constitución de abogado es válida, aunque el designado rehuse defender al demandante.

El emplazamiento sería nulo si el abogado a quien constituye ha muerto, o si ha cesado de ejercer la profesión por causa de suspensión disciplinaria, de aceptación de un cargo judicial, etc.

En un asunto que le interesa personalmente el abogado puede constituirse para sí mismo.

Elección de domicilio. El emplazamiento debe contener

una *elección de domicilio*. De lo contrario, se presume que esa elección ha sido hecha en el estudio del abogado constituído (art. 61-1°). En otros términos: la designación del abogado, que debe incluir la indicación de su estudio, implica elección de domicilio en dicho estudio; pero, por el contrario, una simple elección de domicilio en el estudio de un abogado no conlleva la designación de éste como abogado del demandante.

Objeto y medios de la demanda. Esta indicación (art. 61-3°), sirve para indicar al demandado cuál es el objeto y la causa del proceso, o sea el contenido de la pretensión del demandante y los fundamentos o medios de hecho y de derecho que sustentan esa pretensión.

El objeto de la demanda debe ser indicado de un modo cierto y claro: expresará, por ej., que el demandante reclama tal inmueble, o una determinada suma de dinero, o una cierta cantidad de géneros, o la cesación de un determinado estado de cosas. Los medios o fundamentos deben ser indicados sumariamente, o sea, breve y concisamente, sin desenvolverlos: esto lo deberá hacer el demandante en una fase ulterior del proceso, con su depósito en el tribunal apoderado.

No es indispensable indicar los medios de derecho que la ley consigna expresamente, como el derecho de pedir la partición.

Tribunal apoderado. El emplazamiento debe contener la indicación precisa del *tribunal que conocerá de la demanda*. No basta citar al demandado para que comparezca *ante el tribunal competente*, porque varios tribunales pueden ser igualmente competentes, como ocurre por ej. en caso de pluralidad de demandados, o en materia mixta inmobiliaria. Es indispensable que el tribunal sea designado por su nombre y por la división territorial en que funciona: juzgado de primera instancia del distrito judicial de Puerto Plata, por ejemplo. Es útil precisar que se trata de tal juzgado en *atribuciones civiles*, o si se trata de uno de los juzgados divididos en cámaras, que se emplaza para ante la cámara civil y comercial de ese juzgado; pero no se incurrirá en nulidad a falta de estas

últimas indicaciones, porque la constitución de abogado por el demandante en el acto de emplazamiento le indica suficientemente al demandado que se trata de un asunto civil [26]. También se acostumbra indicar el edificio, palacio de justicia u otro en que el tribunal celebra sus audiencias, pero esto no es necesario, ya que el demandado comparecerá por ministerio de un abogado, quien lo conoce.

Plazo de la comparecencia. Se exige, en fin (art. 61 (4°), que el emplazamiento indique el plazo de la comparecencia en juicio. Este plazo, según lo dispone el art. 72, es normalmente de octava; esto es, de ocho días francos. Usualmente se cumple el mandato de la ley indicando que se emplaza al demandado "para que comparezca en el plazo de una octava franca, plazo de la ley". Se ha sostenido que es suficiente indicar que se cita al demandado para que comparezca "en el plazo legal"; pero esto, aunque no contrario el texto de la ley, no es sin embargo recomendable, puesto que podría inducir en error al demandado acerca de la duración del plazo de que dispone para comparecer por ministerio de abogado [27]

Cuando el demandado no tiene su domicilio en el lugar en que se halla establecido el tribunal, conviene indicar en el emplazamiento que la octava de la comparecencia se aumentará en proporción de la distancia que media entre ambos lugares. Si el demandado tiene su domicilio en el extranjero es preciso indicar el plazo de la comparecencia de acuerdo con lo establecido en el Art. 73.

Inversamente, cuando el juez, en caso de celeridad, de acuerdo con el art. 72, ha autorizado que la citación se haga para comparecer a un plazo más breve que el de octava, debe darse copia del auto del juez, o por lo menos mencionarlo en el emplazamiento. [28]

(26) Recuerdese que, no obstante lo expresado, a partir de la puesta en vigor de la L. No. 91 de 1983 que crea el Colegio de Abogados, el ministerio de abogados es exigido en materia comercial ante el J. de primera instancia.

(27) Glasson, *Précis*, I, 361.

(28) El antiguo Art. 404, derogado por la L. 845 de 1978 sometía al procedimiento sumario las demandas provisionales o que requerían *celeridad*. Des-

Enunciaciones especiales. En ciertos emplazamientos la ley exige, además de las enunciaciones anteriormente dichas, que son comunes a todos, ciertas menciones particulares. Esto ocurre: en las demandas reales o mixtas inmobiliarias; en las demandas que se fundan en prueba escrita.

Demandas reales o mixtas inmobiliarias. El art. 64 exige que en los emplazamientos relativos a estas materias se individualice el inmueble objeto del proceso indicado: si se trata de un inmueble rural, su naturaleza, el lugar, la sección, y el municipio en que se encuentra, y dos de sus linderos; si se trata de un inmueble urbano, además de los linderos, el número de la casa, si lo tuviera, el nombre de la calle, y la ciudad, villa o poblado en que se encuentra.

Demanda fundada en prueba escrita. El art. 65 manda que con la copia del emplazamiento se dé al demandado copias de los documentos, o de la parte de ellos en que se funda la demanda. Con esto se pone al demandado en condiciones de preparar su defensa.

Sanciones. Es nulo el emplazamiento en que se omiten o se cumplen mal las formalidades previstas en los art. 61 y 64, o sean las cuatro formalidades comunes a todos los emplazamientos, y la primera de las formalidades particulares a ciertos emplazamientos.

La omisión en la copia del emplazamiento de las copias de los documentos en que se apoya la demanda no está sancionada con la nulidad, sino con la pérdida de las costas relativas a esas copias.

---

de luego, existe la posibilidad de citar a un plazo más breve, ya que el Art. 72 no ha sido derogado. La celeridad no ha sido definida por la ley; es por consiguiente de puro hecho que los jueces del fondo aprecian soberanamente (Casación, 8 de junio, 1928, B. J. 215, p. 3). Por otra parte, la autorización para citar a breve término dada por el juez presidente en virtud del citado art. 72 no prejuzga la cuestión de saber si el asunto requiere celeridad. El tribunal, no obstante esa autorización, puede decidir que se trata de un asunto que está sujeto al plazo normal de la comparecencia.

SECCION III

OTRAS MATERIAS

Asuntos comerciales. El art. 415 dispone que el emplazamiento está sujeto a las disposiciones del art. 61. A pesar de que el art. 414 establece que este procedimiento se hará sin ministerio de abogado, las disposiciones de la L. 91 de 1983 hace obligatorio este ministerio. En virtud del art. 422 el emplazamiento no contiene elección de domicilio por el demandante domiciliado en el lugar en que está situado el tribunal, debiendo sin embargo el demandante domiciliado en otra localidad, si no eligió domicilio en el emplazamiento, hacer constar en el acta de la audiencia una elección de domicilio. La indicación del plazo de la comparecencia requiere un examen especial.

Plazo de la comparecencia. Según lo dispone el art. 416 el plazo de la comparecencia en materia comercial es de un día franco por lo menos, que se debe aumentar en proporción de la distancia que medie entre el domicilio del demandado y el lugar en que se halla establecido el tribunal, conforme el art. 1033 (supra, libro III). Si el demandado tiene su domicilio en el extranjero el plazo de la comparecencia debe calcularse conforme lo dispone el art. 73.

Para los casos que requieren celeridad el art. 417 dispone que la citación puede ser dada, con permiso de juez presidente, para comparecer de día a día, o aun de hora a hora. El mismo art. 417 dispone que, en las causas marítimas, la citación podrá ser dada de día a día, o aun de hora a hora sin permiso del juez.

En todos los casos, la citación deberá indicar expresamente el día de la audiencia, la que es fijada con antelación por auto del juez presidente (art. 40 de la L. de O. J.). No bastaría indicar que se cita al demandado para que comparezca en el término legal, o en el término de un día franco. Esto es suficiente en materia civil, en que la comparecencia se verifica constituyendo abogado, o sea, simbólicamente; pero es insuficiente en materia comercial, en que la comparecen-

cia es el hecho material de concurrir el demandado a la audiencia.

Referimiento. La citación para comparecer en referimiento ante el j. de primera instancia en los casos en que la citación es el modo de apoderarlo, que es la regla general, está sometida, en principio, a las normas enunciadas en el art. 61. Antes de la puesta en vigor de la L. 91 de 1983 que instituyó el Colegio de Abogados de la República Dominicana, esta citación no contenía constitución de abogado ni elección de domicilio. En la actualidad, siendo el ministerio de abogado obligatorio (v. supra, libro II) se requiere dicha mención. El plazo de la comparecencia no está fijado por la ley; pero debe ser suficiente para que el demandado pueda preparar su defensa (Casación, 25 de enero, 1928, B. J. 186-187 p. 5. [29] El demandante obtiene previamente fijación de la audiencia, conforme el art. 40 de la L. de O. J. Si el asunto requiere celeridad [30] el juez puede autorizar la citación a un plazo muy breve, aún de día a día o de hora a hora.

Sanciones. Lo mismo que el emplazamiento en materia civil, la citación en materia comercial y en referimiento es nula cuando se omiten o se cumplen mal las formalidades sustanciales, o aquellas formalidades prescritas en el art. 61 que le son aplicables.

(29) El art. 103 de la L. 834 de 1978 consagra expresamente esta condición.

(30) A pesar de que los arts. 101 y s. de la L. 834 han sustituído los arts. 806 y s. del C. de Pr. Civil, serán reproducidos algunos conceptos del autor de la obra, vaciados originalmente en esta nota.

La disposición del antiguo art. 807 quedó virtualmente abrogada por la L. 962 de 1928, que derogó los arts. 154 y s. de la L. de O. J. De acuerdo con el sistema imperante en virtud de estas disposiciones legales, no se podía dictar la ordenanza general según lo indicado en el antiguo art. 807. Era preciso pues, en virtud del art. 40 de la L. de O. J. solicitar previamente audiencia, si el asunto no requería celeridad. En caso contrario, se obtenía el auto previsto en el art. 808.

La práctica seguida por las Cámaras Civiles y Comerciales de los j. de primera instancia es la de fijar un día en la semana para conocer de los referimientos, no siendo necesario una solicitud de audiencia previa, salvo desde luego los casos de extrema urgencia. Actualmente el art. 102 de la L. 834 consagra este uso al expresar que la demanda en referimiento es llevada por vía de citación "a una audiencia que se celebrará a este efecto el día y hora

TITULO VII

DESARROLLO DEL PROCESO EN EL J. DE PRIMERA INSTANCIA CONTRADICTORIAMENTE Y SIN INCIDENTES

CAPITULO I

ANTECEDENTES

Procedimiento ordinario. Procedimiento sumario. En la presente edición fue eliminado en gran parte la exposición relativa al procedimiento ordinario, derogado por la L. 845 de 1978. Como cuestión de interés puramente histórico, se expondrá el análisis del autor de esta obra, respecto de las características de los procedimientos ordinario y sumario.

El procedimiento ordinario adolecía del inconveniente de ser lento, complicado y costoso. Después de vencido el término de la comparecencia del demandado, éste disponía de otra octava para notificar sus defensas y el demandante a su vez tenía el derecho a notificar una réplica dentro de la octava siguiente: era solamente después de cumplidas esas formalidades cuando la parte más diligente podía pedir fijación de audiencia. De todo ello resultaba generalmente que en los asuntos ordinarios la causa se ventilaba después de transcurrido no menos de un mes de la fecha de la demanda, a lo que había que agregar el que se requería para pedir y obtener comunicación de documentos, y para proponer otros medios de prueba, como la información testimonial. Estos escritos preparatorios complicaban el procedimiento. Además, tales actuaciones del abogado causaban emolumentos de bastante consideración que gravaban a su cliente o a la parte que sucumbía.

Por otra parte, el procedimiento ordinario se caracterizaba por la exclusión completa de la oralidad y de la inmediación del proceso: todos los actos que lo integraban eran preparados por escrito, antes de

habituales de los referimientos. Pero, expresa la misma disposición que si el asunto requiere celeridad el juez podrá permitir citar "a hora fija aún los días feriados y de descanso, sea en la audiencia, sea en su domicilio con las puertas abiertas".

la audiencia; el debate oral fue suprimido; el juez no oía sino la lectura de unas conclusiones que le decían muy poco acerca del diferendo entre las partes, y la del dictamen del fiscal en las causas comunicables, que generalmente no lo ilustraban más que esas conclusiones. El juez se enteraba del proceso únicamente por la lectura del expediente, formado por documentos frecuentemente voluminosos y sobrecargados de citas.

Para eludir esos inconvenientes el legislador estableció, al lado del procedimiento ordinario, que era el de derecho común, un procedimiento sumario, de carácter excepcional.

Para tres clases de asuntos regía el procedimiento sumario: 1o., para los que requerían celeridad, a fin de evitar que la decisión fuera retardada; esto es guiándose por el criterio de *celeridad*; 2o., para los muy simples, a fin de que pudieran tramitarse mediante pocas y sencillas actuaciones y con pocos gastos, en lo que se seguía el criterio de *simplicidad*; 3o., para los de escasa cuantía, con el objeto de evitar que las partes incurrieran en desembolsos superiores al monto del litigio, por aplicación del criterio de *modicidad.*

La necesidad de un procedimiento sumario para instruír y juzgar los litigios simples y de escasa cuantía fue reconocida por Justiniano (Nov. XVII, cap. 3). La institución fue acogida por el antiguo derecho francés en diversas ordenanzas reales de las cuales pasó a la de 1667.

El Art. 404 derogado expresamente por la L. 845 de 1978 enumeraba los casos de procedimiento sumario. Todos obedecían a uno o varios de los tres criterios precedentemente enumerados: celeridad, simplicidad, modicidad. Su lista no era limitativa; otros textos mandaban observar el procedimiento sumario en ciertos casos.

El procedimiento sumario estaba sometido a las reglas de procedimiento ordinario no declaradas expresamente inaplicables. Eran por tanto comunes con el procedimiento ordinario (Art. 48 y s., 61 y s., 83 y s., 405 del C. de Pr. Civil, 59 de la L. de O. J.): la forma del emplazamiento; la forma y el plazo de la comparecencia; la necesidad, la forma y el plazo del acto recordatorio; la comunicación al ministerio público.

Los Art. 405, 406, 407, y s. del C. de Pr. Civil, 3 de la L. 1015 de 1935, trazaban para el procedimiento sumario reglas particulares.

El asunto se conocía por el tribunal después de vencidos los plazos de la citación, por efecto de un simple acto, sin más procedimiento ni formalidades. Por consiguiente, a la constitución de abogado por la parte demandada podía seguir inmediatamente un acto recordatorio diligenciado a requerimiento de la parte más diligente, sin previas notificaciones de defensas y réplicas, la rapidez mayor del procedi-

miento sumario se debía precisamente a la supresión de las escrituras previas a la audiencia.

Los abogados, en audiencia, podían defender la causa oralmente, o leer sus respectivos escritos de defensa, antes de presentar las conclusiones de sus clientes.. Pero, según lo disponía el Art. 3 de la L. 1015 de 1935, las partes se podían limitar a exponer sus conclusiones cuando así lo convenían entre sí o cuando les era ordenado por los jueces, quienes podían, en estos casos, autorizar la ampliación de las defensas y las réplicas por medio de escritos depositados en secretaría. En materia sumaria, por consiguiente, podía no haber debate oral cuando las partes lo desechaban, o cuando el juez lo prohibía. En ambos casos, se sustituía el debate oral con escrituras depositadas en secretaría.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO EN MATERIA CIVIL

Estado actual de nuestra legislación. Desaparecido el procedimiento ordinario y lógicamente el procedimiento sumario, por ser su contrapartida, las leyes 834 y 845 (especialmente esta última), han establecido un procedimiento único en materia civil.

Este nuevo procedimiento para la materia civil, ha tomado en sus rasgos generales, las características del antiguo procedimiento sumario.

Podría afirmarse que el legislador de 1978, inspirado en la legislación francesa que culminó con el Nuevo Código de Pr. Civil tomó de ella algunos de sus avances (nulidades, excepciones, procedimiento del defecto, referimientos, entre otros). Sin embargo, otros procedimientos, principios o sistemas no fueron recogidos por el legislador dominicano.

Es obvio que, en lo que respecta al procedimiento en materia civil, el legislador de 1978 se limitó a consagrar en principio, las reglamentaciones que constituían la práctica de nuestro antiguo procedimiento sumario. En efecto, de acuerdo con el art. 78 actual, las partes en la audiencia "se limitarán a exponer sus conclusiones motivadas", que podrán ser verbales o escritas, "y el juez les concederá plazos mode-

rados para el depósito de réplica y contrarréplica que no deberán exceder de quince días para cada una de las partes, y serán consecutivos."

Comparecencia del demandado. Como se ha visto, por el emplazamiento se llama al demandado para que comparezca ante el j. de primera instancia en el término de la ley o sea en el de ocho días francos.

La comparecencia del demandado tiene lugar no presentándose personalmente ante el tribunal, sino, dando a conocer al abogado que figura en el emplazamiento, mediante acto de abogado (supra, libro III), el nombre del abogado que postulará y defenderá por él; es la forma de la comparecencia establecida para la materia civil, ante el j. de primera instancia y para todas las materias ante la c. de apelación (art. 75). Es una comparecencia simbólica, hecha mediante la denuncia del nombramiento de un abogado como mandatario ad litem.

En caso de pluralidad de demandados en un mismo proceso, varios de ellos pueden constituír colectivamente un solo abogado. Un abogado puede, cuando es demandado, constituirse por sí mismo.

Forma. El Art. 75 dispone que la constitución "se hará por acto notificado de abogado a abogado". Podría pues el abogado elegido por el demandado redactar el acta de su constitución y hacerla notificar por ministerio de alguacil al abogado del demandante. Ella constaría así de dos partes: una preparada por el abogado, la constitución de abogado propiamente dicha; y la otra preparada por el alguacil, la notificación de la constitución de abogado. Entre nosotros, con el fin de evitar el pago de derechos fiscales sobre cada uno de esos actos, predomina la práctica de acumular ambas diligencias; el alguacil prepara, a requerimiento del abogado de la parte demandada, un acto en que se denuncia la constitución de ese abogado, al abogado del demandante.

En el acto de constitución de abogado no es preciso observar rigurosamente los requisitos exigidos por los Art. 61 y 68, lo que se explica en razón del conocimiento que tienen ambos abogados el uno del otro (v. Casación; 16 de abril de

1923, B. J. 153-155, p. 3; 18 de enero de 1929, B. J. 236, p. 97).

El demandado puede, naturalmente, constituír abogado antes del vencimiento del plazo de la comparecencia. Puede también constituír abogado después de vencido ese plazo, mientras el demandante no haya obtenido sentencia en defecto por falta de comparecer.

Cuando la citación ha sido hecha a breve término en virtud de permiso del juez, puede hacerse la constitución de abogado, conforme al art. 75, oralmente en audiencia, y luego notificarse en la forma antes descrita, en el plazo de un día. De no hacerse esto, la copia de la sentencia que da acta de la constitución vale constitución de abogado respecto del demandante.

Comparecencia del Estado. Sin necesidad de haber hecho notificar previamente su constitución, el Estado puede comparecer en la misma audiencia fijada para conocer de la causa, constituyéndose como su abogado el representante del ministerio público (supra, libro III).

Efectos. La constitución de abogado tiene como efecto impedir que el asunto pueda ser fallado en defecto por incomparecencia del demandado. Tampoco puede haber incomparecencia del demandante, puesto que él ha comparecido por ministerio del abogado que constituyó en el emplazamiento. A partir de la comparecencia del demandado puede haber únicamente defecto por falta de concluír.

Trámites anteriores a la audiencia. La ley no permite que una de las partes pueda sustraer al examen y la crítica de su adversario la prueba escrita y los medios de defensa que va a oponerle. Es una aplicación del principio de la contradicción del proceso. Por esa razón ambos abogados, antes de que puedan requerir fijación de audiencia, deben comunicarse esos medios de prueba y de defensa.

Comunicación de documentos. Como se ha expuesto, cada una de las partes del proceso tiene derecho a conocer de los documentos invocados por su adversario como base de sus pretensiones. La ley contiene varias aplicaciones particulares

de este principio: el demandante, en los asuntos civiles y comerciales, está obligado, pero no a pena de nulidad, a dar con el emplazamiento copia de los documentos en que apoya la demanda (Art. 65); el demandado debía ofrecer, en los asuntos ordinarios, comunicación de sus documentos en su escrito de defensa (Art. 77, actualmente derogado); análogamente, en el proceso de saneamiento inmobiliario el reclamante debe acompañar su reclamación con los documentos justificativos (Art. 66 de la Ley de Registro de Tierras).

De un modo general, la ley estableció, en los Art. 188 y s., un procedimiento aplicable en toda materia y ante cualquier tribunal, mediante el cual las partes podían pedirse y debían darse comunicación de sus documentos respectivos.

Este procedimiento daba lugar a la excepción de no comunicación de documentos. Esta excepción no se incluía en ninguna de las categorías de las excepciones examinadas anteriormente: su único objeto era obligar al adversario a mostrar sus medios de prueba escrita antes de la discusión de la causa.

Estos principios imperan en la especial configuración de la comunicación de documentos establecida de acuerdo con las disposiciones de los Art. 49 y 59 de la L. 834 de 1978, salvo lo indicado más adelante.

En primer lugar, la comunicación de documentos ha dejado de constituír una excepción de procedimiento. Ella no constituye sino uno de los elementos fundamentales para la lealtad de los debates, que los jueces están en el deber de supervigilar, para garantizar el derecho de la defensa. (31)

Las características fundamentales de la comunicación de documentos, de acuerdo con las disposiciones de la L. 834, pueden resumirse del siguiente modo: 1.- Debe ser espontánea, esto es, que toda parte que vaya a usar un documento está en la obligación de comunicarlo (Art. 49 de la citada ley); 2.- Esta obligación no es exigida en grado de apelación, si ésta se ha producido en primera instancia; pero no obstante, ella puede ser solicitada; 3.- Si no se realiza espon-

(31) V. Jean Vincent, *Procedure Civile*, 463 bis pág. 618 y s.

táneamente esto es, amigablemente entre los abogados o por su depósito en secretaría, será ordenada por el juez sin formalismo (Art. 50); 4.- El juez fija el plazo y las modalidades de esta comunicación, y si hay necesidad, puede fijar un astreinte (art. 51); 5.- En caso de que la parte no restituya voluntariamente un documento que le ha sido comunicado amigablemente, puede ser condenada eventualmente a un astreinte (art. 53); 6.- El juez está facultado para liquidar el astreinte que él ha fijado (art. 54); 7.- El juez puede descartar del debate los documentos que no han sido comunicados en tiempo útil. (32)

La parte que recibe comunicación de un documento puede no solamente leerlo, sino también copiarlo, incluso por medio de la fotografía.

Es indudable que el demandado, como ocurría en el sistema del C. de Pr. Civil, puede solicitar a su adversario la comunicación de documentos en el acto de constitución de abogado, o en la audiencia, cuando esta comunicación no ha sido hecha en forma espontánea por su adversario. Es posible que el demandante en el acto introductivo de su demanda, dé copia de los documentos, pero el demandado puede no estar satisfecho con las copias que se le han notificado, porque ellas pueden ser inexactas o ilegibles; de ahí su derecho a pedir comunicación de los mismos, a fin de consultarlos (Casación, 3 de diciembre, 1979, B. J. 829, p. 2435).

(32) V. la jurisprudencia citada en Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1983, Petit codes, art. 132 a 136, especialmente: respecto de los documentos producidos y no contestados, Civil, 2a., 29 de abril de 1975, Bull civ. II, p. 102; 7 de enero de 1976, ibid. II, p. 6; 12 de junio de 1976, ibid. II, p. 153; 20 de mayo de 1978, ibid. II, p. 105; Rev. Trim. de Derecho Civil, 1979, 430, obs. de Perrot; 5 de julio de 1978, Bull. civ. II, p. 138; Civ. 1ro. 4 de febrero de 1979, ibid. I, p. 44. Respecto de las piezas depositadas después de la clausura de los debates: Civ. 3a. [illegible] 20 de noviembre de 1979, Bull civ. III, p. 163. Respecto del alegato sobre irregularidad de la producción; Com. 9 de octubre de 1973, Bull. Civ. IV, p. 246. Respecto de la regularidad de la comunicación: Civ. 2o. 26 de octubre de 1978, Bull. civ. II, p. 175; 26 de octubre de 1978, Bull. civ. II, p. 175; 17 de octubre de 1979, ibid. II, p. 165; sobre la comunicación tardía y la noción de "tiempo útil" (art. 135 Nuevo Código; 54, L. 834): Civ. 2 de febrero, 1977; IR p. 272; Rev. Trim. Dr. Civ. 2 de febrero, 1977, 820; 1980, 808, 1982, 466, Obs. Perrot. Respecto de la regularidad de la producción de piezas: 9 de octubre, 1973, Bull Civ. IV p. 246; sobre la comunicación de piezas bajo astreintes, París, 24 de octubre. 1979, Bull Avoues, 1979; Com. 12 de marzo, 1979, Bull Civil IV p. 75.

Los documentos comunicados por una de las partes no pueden ser retirados sin el consentimiento de la otra. Ambas partes adquieren, como consecuencia de la comunicación, el derecho de invocar en su favor los documentos que respectivamente le han sido comunicados.

Es controvertida la cuestión de saber si una de las partes puede exigir la comunicación de los documentos que la otra parte tiene en su poder, pero que no ha usado en el proceso, y que podrían favorecer las pretensiones de la otra. Se invoca en favor de la negativa la máxima *nemo tenetur edere contra se;* (33) pero no estando esta regla consagrada por la ley, es preciso adoptar la solución afirmativa, que tiene en su favor dos textos decisivos, los arts. 448 y 480-10o. que autorizan respectivamente la apelación y la revisión civil en los casos en que una parte ha triunfado en el proceso a favor de la retención de documentos decisivos para la solución de la litis. Es indispensable que el que solicita comunicación de documentos designe de un modo preciso el documento que desea consultar; no puede pretender que se le permita un registro de todos los papeles del adversario (v. Casación: mayo, 1960, B. J. 598, p. 995; octubre, 1971, B. J. 731, p. 2913)

El art. 51 de la L. 834 establece a este respecto que el juez fija, si hay necesidad a pena de astreinte, el plazo, así como las modalidades de la comunicación. De aquí se concluye a que, por lo menos en los casos de comunicación ordenada por el juez, es a éste a quien corresponde fijar los plazos o sus modalidades.

Vencido el plazo de la comunicación, cuando ésta se realiza en forma amigable, el abogado deberá restituír los documentos. El art. 53 de la L. 834 establece que la parte que no restituye los documentos puede ser constreñida a ello (la nueva disposición no menciona expresamente el apremio corporal). Eventualmente puede ser condenada al pago de un

(33) Glasson y Tissier, *Traité*, II, 497; Eduardo J. Couture, Sobre el precepto *nemo tenetur edere contra se*, en *Revista de derecho Procesal*, 1943, I, 53 y s.

astreinte, que puede ser liquidado por el juez que lo ha pronunciado (art. 54 de la indicada ley).

La comunicación puede ser pedida en cualquier momento del proceso en que una de las partes invoque un documento en su favor, aun en grado de apelación.

De acuerdo con los arts. 55 y 56 de la citada L. 834, si una de las partes hace uso de un documento en el cual no es parte, o de un documento que se encuentra en poder de un tercero, puede solicitársele al juez que ordene su entrega. Esta solicitud se hace sin formalidad. Si el juez considera fundada esta solicitud, puede dictar auto mediante el cual se ordena la entrega del acto, una copia certificada, o un extracto del documento. Si hay necesidad, puede fijar un astreinte. Esta decisión es ejecutoria provisionalmente sobre minuta. Pero, en caso de que se alegara alguna dificultad o impedimento legítimo el juez que ha ordenado la entrega o la producción del documento, puede retractarse o modificar su decisión. Esta decisión puede ser apelada dentro de los 15 días de su pronunciamiento (art. 58).

Estas disposiciones permiten al juez mediante una especie de acción *ad exibendum* la comunicación de un documento que la parte había preferido conservar en secreto; y ello, contrariamente al adagio que imperaba en el antiguo derecho *"Nemo tenetur edere contra se.* (34) .

Otras pruebas. El procedimiento para el aporte de la prueba escrita, que es *prueba preconstituída*, existente antes de la discusión de la causa, es inaplicable a los demás medios de prueba, que tienen que constituirse precisamente en el curso del proceso, como la prueba testimonial, la inspección de lugares, el peritaje, etc. La administración de estas pruebas debe ser *propuesta* antes de los debates, como por ej. la información testimonial (art. 73 y s. de la L. 834 de 1978); pero es *ordenada* por el juez mediante sentencia antes de conocer del fondo del proceso, y como medio para formar su convicción.

(34) Jean Vincent, ob. cit. pág. 602, y jurisprudencia citada en la nota: París, 7 de marzo, 1982, J. C. P. 1972.

Fijación de la audiencia. Después de vencido el plazo del emplazamiento, cualquiera de las partes puede solicitar fijación de la audiencia en que se conocerá de la causa (art. 77 mod. por la L. 845 de 1978).

La solicitud de audiencia se hace en forma de instancia dirigida al juez presidente, y es fijada por auto de dicho juez presidente (art. 40 de la L. de O. J.).

Acto recordatorio. El abogado que ha obtenido fijación de audiencia procede entonces a llamar para esa audiencia al abogado de la parte adversa, mediante un *acto recordatorio*, notificado con dos días francos de antelación por lo menos, a pena de nulidad (art. 80 del C. Pr. Civil, único de la L. 362 de 1932).

El acto recordatorio es una formalidad sustancial, protectora del derecho de la defensa; tiene entre los abogados la misma importancia que la citación entre las partes. La sentencia obtenida sin que intervenga previo acto recordatorio es nula (Casación, 30 de agosto de 1922, B. J. 744-146, p. 35). [35]

Celebración de la audiencia. Una vez constituído el tribunal en estrados, el juez presidente ordena al alguacil de servicio que llame la causa a la vista, leyendo en el "rol", o libro de asiento de las causas, el que se refiere a la que va a conocerse (art. 86 de la L. de O. J.). Luego ofrece la palabra sucesivamente a los abogados de las partes: demandantes, demandandas, intervinientes.

Policía de la audiencia. Los art. 88 a 92 del C. de Pr. Civil, modificados y completados por los arts. 365 y 366 del C. de Pr. Criminal, regulan el ejercicio de la policía de la audiencia, a cargo del juez presidente.

Las personas que asisten a la audiencia deben permanecer en actitud respetuosa, en silencio y con la cabeza descubierta; pero los abogados, lo mismo que los jueces, llevarán birrete calado (art. 11 de la L. de O. J.). Los asistentes que no observen compostura podrán ser expulsados después de ad-

(35) **Respecto de la falta de indicación en el acto recordatorio del proceso de que se trata, v. Casación 6 de abril, 1984, B. J. 881, p. 886.**

vertencia, y sin advertencia si la falta es grave, so pena de ser arrestados si no se retiran. Si la perturbación ha sido causada por un abogado o un oficial ministerial, éstos pueden incurrir en la suspensión, o en la aplicación de las penas correspondientes, si cometen injurias o vías de hecho.

Lectura de conclusiones. De acuerdo con el art. 78 mod. por la L. 845 de 1978 en la audiencia las partes se limitarán a exponer sus conclusiones motivadas y el juez les concederá plazos moderados para el depósito de réplica y contrarréplica, que no deberán exceder de 15 días para cada una de las partes y serán consecutivos".

Clasificación de las conclusiones. Las conclusiones pueden ser agrupadas en varias clases, mirándolas desde distintos puntos de vista. (36) .

Las conclusiones *al fondo* o *sobre el fondo* son aquellas que se refieren a la demanda misma, y por cuyo medio el demandado requiere del tribunal que admita la demanda, y el demandado que se la rechace. Las conclusiones son *excepcionales* cuando su objeto es obtener una medida previa, como por ej. una declinatoria, o la solicitud de una fianza *iudicatum solvi*, etc.

Son conclusiones *principales* las que resumen todas las pretensiones de las partes en cuanto al fondo de sus derechos respectivos. *Subsidiarias* son las conclusiones que contienen sea una restricción a las conclusiones principales, para el caso de que el tribunal entienda que no debe acoger éstas, sea una demanda tendiente a que se ordene la administración de una prueba en apoyo de conclusiones principales, que no se hallan suficientemente justificadas. Además de las conclusiones subsidiarias, la parte puede presentar conclusiones *más subsidiarias*, para que sean tomadas en cuenta si no lo son las subsidiarias, y aun *mucho más subsidiarias* para el caso de que tampoco sean acogidas las conclusiones más subsidiarias.

Son *alternativas* las conclusiones que tienen por ob-

(36) **Respecto de la clasificación de las conclusiones desde el punto de vista de la posición de las partes en el proceso, v. Juan Ml. Pellerano Gómez, *Guía del Abogado*, Tomo I, Vol. I, pág. 98 y s.**

jeto reclamar, de dos o más cosas, una de ellas, a opción de la contraparte o del tribunal.

Son llamadas *primitivas* las conclusiones que la parte asume en apoyo de su demanda o de su defensa. *Adicionales* son las conclusiones que el demandante agrega a sus conclusiones primitivas o principales. *Reconvencionales* son las que el demandado presenta para sostener una demanda reconvencional.

Efectos. La lectura de las conclusiones produce varios efectos importantes: 1o. Cuando esas conclusiones recaen sobre el fondo, cubren todas las excepciones (art. 2 de la L. 834 de 1978). 2o. Las conclusiones fijan la competencia del tribunal apoderado. Así, por ej., si en una acción real inmobiliaria el demandante evalúa el inmueble reclamado en una suma inferior a 1,000 pesos y el demandado se adhiere a esa evaluación, la sentencia será inapelable (art. 45-1a. de la L. de O. J. mod. por la L. 845 de 1978); a falta de la evaluación, por el contrario, la demanda tiene un monto indeterminado, y la sentencia será apelable. 3o. Las conclusiones precisan el contenido de las pretensiones de las partes, y limitan por consiguiente el poder de decisión del juez: la sentencia es nula si estatuye sobre cosas no pedidas *(extra petita)*, o si otorga más de lo pedido *(ultra petita)*. 4o. La presentación de conclusiones pone la causa en estado de ser fallada.

La causa queda en estado. El art. 343 disponía, para los asuntos ordinarios, que el asunto estaría en estado cuando los debates hubieran tenido principio. Se reputaba que habían principiado los debates cuando se formulaban contradictoriamente las conclusiones en audiencia. Este texto, (versión inadaptada del antiguo Código francés) no concordaba con el mecanismo de nuestra legislación procesal en lo que respecta al orden en que se producían las conclusiones y la defensa. [37] Suponía, sin base alguna, que en la audiencia

(37) En Francia, antes de la reforma de 1944, el procurador era quien leía las conclusiones en audiencia, y después el abogado exponía los argumentos encaminados a defender el asunto. Frecuentemente el tribunal oía esta defensa en una audiencia posterior a la en que habían sido leídas las conclusiones. De ahí la disposición del art. 343, que, para evitar que el proceso

eran leídas las conclusiones antes de procederse a los debates. Estos fueron suprimidos en materia ordinaria por la L. 1015 de 1935, actualmente derogada. Lo contrario es constante en nuestro derecho. En primer lugar, el abogado asume conjuntamente la postulación y la defensa, como representante único de su cliente, para todas las fases del proceso (art. 61, 75 y s. del C. de Pr. Civil, 78-c de la L. de O. Judicial). En segundo lugar, siendo las conclusiones un remate o coronamiento de la defensa, oral o escrita, el art. 343 debe ser interpretado con abstracción de su fórmula literal, que da a entender que las conclusiones pueden anteceder a las defensas, como significando que en el procedimiento ordinario, en que no había debate oral, el asunto quedaba en estado de recibir fallo después que los abogados habían leído sus conclusiones, conforme a lo que disponía el art. 2 de la L. 1015.

En el antiguo procedimiento ordinario la causa no dejaba de permanecer en estado de recibir fallo por el hecho de que sobrevinieran cambios en la persona del juez. El nuevo juez podía fallar, sin necesidad de celebrar audiencia, según el art. único de la L. 684 de 1934, puesto que las conclusiones se hallaban en su poder.

Por el contrario, se podía admitir que el asunto dejaba de encontrarse en estado cuando el tribunal dictaba una sentencia de instrucción, por lo menos si las partes se habían

quedara en suspenso durante el período que media entre ambas audiencias, había *avanzado* el momento en que el asunto debía considerarse en estado, considerando discutida la causa el día en que fueron leídas las conclusiones. La L. del 15 de julio de 1944, suprimió la lectura de las conclusiones, las cuales debían ser depositadas en secretaría antes de la audiencia. A partir de la reforma introducida por la L. del 31 de diciembre de 1971, las profesiones de procurador, abogado y mandatario han sido fusionadas, de modo que el abogado tiene ahora un doble papel, esto es, el que tradicionalmente era ejercido por el procurador. El abogado, pues, ejerce, con este título, las funciones que anteriormente eran atribuidas individualmente a cada una de las tres profesiones citadas. En la actualidad, la profesión de abogado es ejercida libremente, sin límite de territorialidad. El abogado puede *asistir* a las partes y *litigar* por ellas así como emitir consultas, salvo las disposiciones especiales que rigen las actuaciones de los abogados en el Consejo de Estado y la Corte de Casación y para los procuradores (avoués) ante las Cortes de Apelación. (v. L. No. 71-1130 del 31 de diciembre de 1971, Dalloz, Nouveau Code de Procedure Civile, 1983). Conviene tener en cuenta, por otra parte, las reformas introducidas en el denominado procedimiento ordinario previsto en el Nuevo Codigo de Pr. Civil francés (art. 755 a 787) en el cual las actuaciones de los abogados difieren fundamentalmente de las ejercidas por los antiguos procuradores y abogados.

limitado a concluir respecto de la medida de instrucción ordenada. La cuestión era discutida cuando las partes habían concluído de modo principal sobre el incidente y de modo subsidiario sobre el fondo; pero se consideraba que era preferible que el juez celebrara una nueva audiencia a fin de que las partes pudieran modificar o rectificar sus conclusiones, en la medida en que podían hacerlo.

La lectura de las conclusiones en audiencia, en el procedimiento sumario ponía evidentemente la causa en estado solamente cuando las partes no renunciaban al debate o no se les prohibía; en el caso contrario, la causa no quedaba en estado de ser fallada sino cuando transcurrían los plazos para el depósito en secretaría de los escritos de defensa y réplica puesto que hasta ese momento el juez no conocía completamente los alegatos de las partes.

De conformidad con el art. 78 del C. de Pr. Civil mod. por la L. 845 de 1978, las partes, en la audiencia, se limitarán a exponer sus conclusiones motivadas y el juez concederá plazos moderados para el depósito de réplicas y contrarréplicas. Es obvio que, de conformidad con el actual régimen, los debates se considerarán cerrados cuando las partes hayan depositado sus respectivos escritos de réplica y contrarréplica, o hubieran transcurrido los plazos señalados.

Como se puede observar, en el nuevo sistema se presenta el asunto en forma muy similar al antiguo procedimiento sumario.

Si sobreviene un cambio en la persona del j. de primera instancia, el nuevo juez puede fallar el asunto según lo dispone la L. 684 de 1934, "en cuanto esté en estado, a su juicio, de ser juzgado, sin nueva audiencia, siempre que haya quedado constancia escrita de las conclusiones y defensas de las partes, de las declaraciones de los testigos, y de cualesquiera otros elementos que puedan influír en el fallo".

Importancia de este momento. La causa, una vez que se considera en estado, tiene influencia decisiva sobre el desarrollo ulterior del proceso. A partir de entonces no pueden surgir estos incidentes: 1o. la instancia no es interrumpida por la cesación del mandato del abogado (art. 342 y 343);

2o., el demandante no puede desistir de la instancia sin el consentimiento del demandado (art. 403); 3o. el juez no puede ser recusado.

Reapertura de debates. (38). Si, después de cerrados los debates, son producidos documentos o hechos nuevos, el tribunal puede, a pedimento de parte, o aun de oficio, ordenar su reapertura a fin de que el asunto sea nuevamente discutido. (Casación, junio de 1939, B. J. 346, p. 488; octubre, 1966, B. J. 671, p. 1943).

Se ha juzgado asimismo que procede la reapertura de debates en el caso de documentos utilizados a última hora, por una de las partes que emanan de la parte adversa, para asegurar un mínimo necesario de lealtad en los debates (Casación, 17 de junio de 1935, B. J. 299, p. 207).

La Suprema C. de Justicia ha estatuído al respecto que es preciso que los hechos nuevos sean revelados o los documentos sometidos al juez, en la instancia mediante la cual se solicita la reapertura de debates. Que ésta debe asimismo ser notificada a la parte adversa (Casación, abril, de 1967, B. J. 677, p. 689; enero 1969, B. J. 698, p. 16; agosto, 1972, B. J. 741, p. 2054, 3 y 5 de octubre, 1983; B. J. 875, p. 2925 y 3004).

De acuerdo con una sentencia de la Suprema C. de Justicia, (abril, 1966, B. J. 665, p. 651) sobre materia laboral, se admitió la reapertura de debates en caso de defecto. El fallo aludido se fundamenta principalmente en que en materia laboral las sentencias son siempre contradictorias, y en la facultad que la ley 637 de 1944 reconoce a los jueces para dictar sentencias preparatorias y ordenar cuantas medidas de instrucción estimen necesarias para la solución de las litis que les son sometidas.

A pesar de que la jurisprudencia comentada parece justificada en la materia laboral, existen fallos en primera instancia en los cuales se ha ordenado la reapertura de debates, en casos de defecto, unida esta circunstancia a la justifica-

---

(38) Sobre el carácter preparatorio de la sentencia que ordena una reapertura de debates, v. casación, 19 de marzo, 1984, B. J. 880, p. 691.

ción de hechos y documentos nuevos.

Comunicación al ministerio público. Si la causa está sujeta a dictamen, el secretario debe, inmediatamente después de la audiencia, enviar el expediente al procurador fiscal, para que produzca su dictamen (art. 2 de la L. 82 de 1924).

Sentencia. En los casos en que no hay comunicación al ministerio público el juez pronuncia el fallo en la misma audiencia, o en una audiencia posterior, pero a más tardar dentro de los noventa días de la vista de la causa (art. 116 del C. de Pr. Civil, 165 de la L. de O. J.) (39), salvo caso de fuerza mayor que se hará constar en la sentencia (art. 2 de la L. 1021 de 1935).

Si por el contrario, el asunto es comunicable al ministerio público, el juez fija audiencia para la lectura del dictamen (art. 59 de la L. de O. J.), y luego pronuncia la sentencia en los términos anteriormente expresados.

Examen previo e instrucción por escrito. Los arts. 93 y 115 organizan estos procedimientos que podrían considerarse implícitamente derogados por la L. 845 de 1978 por ser propios del procedimiento ordinario.

Los arts. 93 y 94 autorizan al tribunal a ordenar, antes de pronunciar sentencia, el examen previo, medida de instrucción que manda que la deliberación tenga lugar después del relato de un juez. Este procedimiento es impracticable en los j. de primera instancia por ser unipersonales.

Los arts. 95 a 115 regulan minuciosamente la instrucción por escrito que es también impracticable en el j. de primera instancia porque requiere la presencia de un miembro del tribunal como juez comisario. Además, siendo su finalidad ilustrar al tribunal mediante *escrituras*, en sustitución del debate oral, nuestro j. de primera instancia aunque fuera pluripersonal, no tendría prácticamente necesidad de usarlo, puesto que el procedimiento ante esta jurisdicción es esen-

(39) Esta disposición no es aplicable a las excepciones de incompetencia (arts. 3 a 27 de la L. 834). Obsérvese que las actuaciones del juez están sujetas a plazos breves que en forma alguna puedan conciliarse con la indicada disposición de la Ley de O. Judicial.

cialmente escrito, y las escrituras, obligatoriamente cambiadas entre las partes antes de la audiencia, llenan el cometido que se persigue con la instrucción por escrito.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO EN MATERIA COMERCIAL

Comparecencia. Antes de citar al demandado, el demandante debe obtener auto de fijación de audiencia puesto que, como se ha visto, el emplazamiento en esta materia debe indicar la fecha de la comparecencia.

Antes de la puesta en vigor de la L. 91 de 1983 que crea el Colegio de Abogados de la República Dominicana, las partes podían comparecer personalmente, o por apoderado provisto de poder escrito y especial, salvo que el mandatario fuera abogado (art. 421 del C. de Pr. Civil, 618 y 619 del C. de Comercio).

Actualmente, siendo obligatorio el ministerio de abogado en los procedimientos comerciales, las partes deberán estar asistidas por abogados, quienes no están obligados a exhibir un poder.

Audiencia. En la audiencia las partes exponen sus alegatos por intermedio de sus abogados, mediante escrito de acuerdo con lo que prescribe el art. 78 modificado por la L. 845. En consecuencia, el juez puede conceder a las partes plazos moderados para depositar escritos de réplica y contrarréplica.

Nada se opone sin embargo, a que los abogados expongan oralmente sus conclusiones, ya que esta facultad no parece haber sido derogada por las nuevas leyes procesales.

Estado de la causa. Se aplica la misma distinción que en materia civil: si las partes han expuesto sus conclusiones después de un debate oral, la causa queda inmediatamente en estado. En cambio, si se han concedido plazos para escritos de réplica y contrarréplica, la causa no quedará en estado hasta que no hayan transcurrido dichos plazos.

Embargo conservatorio. El art. 417 permite al juez au-

torizar al demandante a que practique un embargo conservatorio sobre los efectos mobiliarios del demandado, a fin de evitar la disimulación de su activo, y de asegurar la ejecución de la sentencia. La autorización puede ser dada aun al demandante que no está provisto de un título. Como esta medida puede causar perjuicio al demandado, el juez puede sujetar su autorización al requisito de que se preste fianza, o se justifique solvencia suficiente.

Envío ante árbitros. El art. 429 autoriza al tribunal, cuando la decisión requiera el examen de cuentas, documentos y libros, a enviar a las partes a que concurran ante uno o más *árbitros*, o árbitros *informadores*, para que las oigan y traten de conciliarlas, y luego emitan un informe. Si las partes se concilian, los árbitros hacen constar el arreglo en su informe, y el litigio queda zanjado. Si no se concilian, los árbitros lo hacen constar asimismo en el informe que dirigen al juez. Los árbitros no desempeñan el papel de jueces, sino el de simples conciliadores; su actuación debe ser distinguida del arbitraje, regulado por los art. 1003 y s. [40] No son tampoco peritos, encargados de practicar una operación de carácter técnico. Esta medida es autorizada únicamente para los asuntos comerciales.

Se admite que el envío ante árbitros informadores puede ser hecho para otros procesos que los expresamente mencionados en el art. 429.

Sentencia. En materia comercial se aplican, para la pronunciación de la sentencia, los mismos principios que en materia civil, ya que como se ha expuesto no existe distinción entre procedimiento sumario y ordinario, después de las modificaciones introducidas por la L. 845 de 1978.

Sustitución de Procedimientos. Se incurre en una nulidad de procedimiento cuando un asunto comercial es llevado en la forma prescrita para las materias civiles, mediante acto de emplazamiento que contenga constitución de abo-

(40) El art. 1003 fue modificado por la L. 845 de 1978. La nueva disposición establece reglas para el caso de que surjan dificultades en la designación de los árbitros.

gado y no indique el día de la comparecencia a juicio: la constitución de abogado es superabundante; en cambio, la falta de indicación del día de la comparecencia constituye una nulidad oponible por el demandado y ejercida de conformidad con los arts. 35 y s. de la L. 834 de 1978. Pero el j. de primera instancia así irregularmente apoderado, es el tribunal competente. Puede anular, si le es pedido, el emplazamiento por vicio de forma; pero no declinar su competencia.

CAPITULO IV

REFERIMIENTO [41]

SECCION I

CASOS DE REFERIMIENTO

Definición y evolución. El referimiento ha experimentado una evolución considerable a partir de las reformas introducidas por el Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés (art. 484 a 492, 808 a 811) adoptadas por los art. 101 a 112; 140 y 141 de la L. 834 de 1978. Limitado a los casos de urgencia o cuando era necesario resolver sobre las dificultades relativas a la ejecución de una sentencia o un título ejecutorio, la institución del referimiento constituye en la actualidad una de las formas más usuales en la solución de asuntos que necesitan un procedimiento acelerado, simple y breve.

El principio intangible y sagrado en el derecho antiguo, que prohibe al juez de los referimientos conocer del fondo del asunto principal, se ve, si no violado, por lo menos atenuado, en aquellos casos en que al juez del referimiento se

(41) Dalloz, *Enciclopedie Juridique*, 2da. ed. Vo. *Referé Civil; op. cit. Référé du primer president.* H. Solus y R. Perrot, *Droit Judiciaire prive*, Tomo II, pág. 956, y la jurisprudencia anotada. Ch. Cézar-Bru. P. Hebraud. V. Signolle. G. Odoul, *jurisdicción du president du tribunal*, Tomos I y II, 4ta. y ed. y suplemento. M. A. Báez Brito. *El referimiento; su evolución antes y después de la Ley 834 de fecha 15 de julio del año 1978*, publicado en Revista Jurisciencia, Volumen I, No. 1 (octubre-diciembre, 1984).

le obliga a apreciar la seriedad de la obligación, la magnitud de un daño o de una turbación ilícita.

El art. 101 de la L. 834 define la ordenanza de referimiento como "una decisión provisional rendida a solicitud de una parte, la otra presente o citada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no está apoderado de lo principal, el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias.

Los art. 109 a 112, referentes a los poderes del presidente del tribunal de primera instancia, y los artículos 140 y 141 referentes a los poderes del presidente de la corte de apelación, delimitan el campo de aplicación del referimiento, no únicamente a los casos de urgencia o a las dificultades de una sentencia u otro título ejecutorio, sino que sus poderes se extienden a "prescribir las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, o para hacer cesar una turbación manifestamente ilícita; sea para "acordar una garantía al acreedor", a "suspender la ejecución de las sentencias impropiamente calificadas en última instancia o ejercer los poderes que le son conferidos en materia de ejecución provisional".

Se evidencia por otra parte, por esta definición, una diferencia entre la ordenanza en referimiento de la ordenanza sobre requerimiento. Mientras en la primera la otra parte se encuentra presente o legalmente citada, en la segunda se solicita una medida urgente al juez que es dictada sin la concurrencia o citación previa de la otra parte.

Existen de conformidad con las reformas citadas dos formas de referimiento: el que interviene a fin de reglamentar un caso aislado, y el ejercido en el curso de la instancia, por razones de rapidez, que puede interponerse ante el j. de primera instancia.

En virtud del art. 111 los poderes del j. de primera instancia previstos en los art. 109 y 110, se extienden a todas las materias cuando no exista procedimiento particular de referimiento. Sería incompetente por ej. el j. de primera instancia para estatuír sobre una medida urgente cuando se trata de una sentencia apelada, puesto que esto compete exclusi-

vamente al presidente de la c. de apelación. Por el contrario, el presidente del tribunal de primera instancia sería competente para conocer de un caso de urgencia en una litis llevada ante un j. de paz, o en materia penal cuando se tratare de medidas urgentes respecto de un asunto que por su naturaleza corresponda a la jurisdicción civil (demanda en daños y perjuicios, por ej.).

En lo que respecta al T. de Tierras, si se acepta la tésis de que en esta jurisdicción no existe el referimiento, salvo los casos previstos en el art. 9 de la L. de R. de T., en que se reconoce competencia a este tribunal en el curso del saneamiento para dictar medidas provisionales que no perjudiquen el fondo, que podría considerarse como un tipo especial de referimiento, un asunto urgente que amerite ordenar medidas conservatorias debería ser llevado ante el presidente del tribunal de primera isntancia. No obstante lo expresado, los términos mismos de la L. de R. de T., dan a esta jurisdicción poderes amplios que permitirían ordenar determinadas medidas propias del juez de los referimientos. Por una parte, el art. 11 que autoriza al T. de Tierras disponer "discrecionalmente cuantas medidas estime convenientes para la mejor solución de los casos que se le sometan"; y por otra parte, el art. 19 que otorga poderes al T. Superior de Tierras para dictar "las medidas que crea necesarias con el fin de dirigir los procedimientos ante el Tribunal de Tierras", lo que permitiría al T. Superior de Tierras en el curso de una litis sobre terrenos registrados conocer él mismo o designar un juez de jurisdicción original para juzgar un asunto en que se solicitare una medida provisional. Siendo por otra parte la L. de R. de T., una ley especial porque está llamada a regir las circunstancias particulares que el art. 7 expresamente determina, no ha podido ser derogada por las disposiciones de la L. 834, que es una ley general posterior.

Características comunes. Las ordenanzas de referimiento son decisiones provisionales que, en principio no prejuzgan lo principal, no tienen la autoridad de la cosa juzgada sobre lo principal. Son dictadas en forma contradictoria, únicamente susceptibles de apelación, no de oposición, y ejecutorias provi-

sionalmente de pleno derecho (art. 104, 105, 106 y 127 de la Ley 834 de 1978). De conformidad con el nuevo sistema introducido por la L. 834, el referimiento ha sido extendido a toos los procedimientos (civiles y comerciales).

Casos de referimiento. En el j. de primera instancia, pueden presentarse los siguientes casos de referimiento: 1° los casos de urgencia, que es el clásico y tradicional (art. 109 de la L. 834); 2° la prescripción de medidas conservatorias para prevenir un daño inminente o hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita (art. 110). 3° el referimiento encaminado a retractar o modificar un auto u ordenanza sobre requerimiento, especialmente las autorizaciones para embargos conservatorios e hipotecas judiciales provisionales (art. 48 y 55 del C. de Pr. Civil); 4° el referimiento para otorgar una garantía al acreedor (art. 110 de la L. 834); 5° el referimiento sobre dificultades de ejecución de una sentencia u otro título ejecutorio (art. 112 de la L. 834).

Casos de urgencia. De acuerdo con el art. 109 el referimiento puede ser empleado en todos los casos de urgencia, esto es, que requieran la inaplazable adopción de una medida provisional destinada a proteger un interés legítimo del demandante, siempre que la medida solicitada no colida con una contestación seria, o que justifique la existencia de un diferendo (v. Casación, 22 de junio, 1955, B. J. 539, p. 1156). Los casos de urgencia son pues ilimitados.

La cuestión de saber si un asunto es urgente es de puro hecho, que los jueces del fondo aprecian soberanamente (casación, 27 de enero, 1926, B. J. 186-187, p. 5; 20 de diciembre, 1929, B. J. 233, p. 21; 30 de enero, 1937, B. J. 318, p. 19; 13 de agosto, 1938, B. J. 337, p. 433; 22 de junio, 1955, B. J. 539, p. 1156; diciembre, 1971, B. J. 733, p. 3448; agosto 1974, B. J. 765, p. 2129; marzo, 1975, B. J. 772, p. 560. La constatación de la urgencia puede sin embargo ser implícita y resultar de los motivos de la decisión.

Las otras dos condiciones exigidas por el citado art. 109 o sea, que las medidas ordenadas no colidan con una contestación seria, o que justifiquen la existencia de un diferendo, no son cuestiones fáciles de determinar. En el primer caso,

si el derecho que fundamenta la demanda es seriamente contestado, el juez de los referimientos estaría avocado a resolver un asunto que sería de la competencia de los jueces del fondo. Ahora bien, no es siempre fácil determinar cuándo un derecho es seriamente contestado y cuándo no lo es, lo que hace que la jurisprudencia francesa, en este aspecto, sea fluctuante. Pero, en sentido general, ha sido considerado que para que una contestación sea considerada seria, no es suficiente que ésta toque el fondo del derecho, sino que no aparezca evidencia de que es infundada.[42] En el segundo caso, la constatación del diferendo justificaría la medida ordenada por el juez de los referimientos. Puede citarse como ejemplo la designación de un secuestrario-administrador judicial; el diferendo entre las partes en litis justifica la medida provisional (v. casación 6 de junio, 1984, B. J. 883, p. 1373).

Medidas conservatorias para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita. Garantías al acreedor. Son estos los casos previstos por el art. 110. La noción de *daño inminente* no implica necesariamente que el acto susceptible de causar el daño sea ilícito, sino que éste pueda causar un daño a otro. En cambio, la *turbación ilícita* se aplica a las vías de hecho, no a una turbación eventual.

En los casos previstos por la citada disposición legal no se exige la condición de urgencia, aunque en hecho ella se sobreentiende. Se admite, asimismo interpretando la disposición "el presidente puede siempre prescribir" que tampoco sería obstáculo para la medida conservatoria la existencia de una contestación seria.

La constatación de la inminencia del daño como de la turbación ilícita son apreciadas soberanamente por el juez de los referimientos. (v. al respecto, Casación 20 de marzo, 1985, B. J. 892, p. 733).

Referimiento destinado a retractar o modificar una ordenanza sobre requerimiento. Aunque las reformas adoptadas por la L. 834, no reprodujeron la disposición del art. 497 del

(42) *Revista trimestral de derecho civil*, 1979, 654; 1980, 398.

Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, que atribuye expresamente al juez de los referimientos la modificación o retractación de sus ordenanzas, aunque el juez del fondo ya estuviera apoderado del asunto principal, esta facultad del juez de los referimientos en nuestro derecho está prevista en lo que respecta a las medidas conservatorias previas a la demanda, por los art. 48 y 50 del Código de Pr. Civil.

En virtud del art. 48, "la parte interesada podrá recurrir en referimiento ante el mismo juez que dictó el auto; de acuerdo con el art. 50, el juez de los referimientos podrá levantar el embargo conservatorio, "por instancia dirigida al juez de los referimientos mediante la consignación en manos del secuestrario que éste tenga a bien designar de las sumas necesarias para garantizar las causas del embargo, en principal, intereses y costas." Esta misma disposición legal establece que "el juez apoderado del litigio o el juez de los referimientos podrá ordenar la cancelación, reducción o limitación del embargo, en cualquier estado de los procedimientos, cuando hubiere motivos serios y legítimos. La misma facultad es reconocida al deudor en caso de inscripción provisional de hipoteca judicial, en virtud del art. 56.

Queda no obstante la duda en lo que respecta al embargo retentivo, cuando el embargante ha sido autorizado por el juez en virtud del art. 558, por no poseer título.

En Francia esta interrogante ha desaparecido en razón de que el art. 497 del Nuevo Código, es de alcance general y se aplica, por tanto a los casos de embargos retentivos.

En el estado actual de nuestra legislación, es obvio que el principio en virtud del cual no puede ser apoderado el juez de los referimientos cuando se hubiera interpuesto la demanda en validez del embargo retentivo está vigente, y la facultad concedida al juez de los referimientos es aplicable únicamente a los casos de embargos conservatorios e inscripciones de hipotecas judiciales provisionales previstos por los art. 48 y s.

Sobre el particular, la S. C. de Justicia ha estatuído en el sentido de que la vía del referimiento sólo puede ser usada

a condición de que dicho procedimiento se inicie con anterioridad a la demanda en validez del embargo o sobre el fondo, salvo los casos de sustitución del embargo conservatorio por otra garantía (v. Casación: 21 de diciembre, 1984, B. J. 889, p. 3291; 22 de febrero, 1985, B. J. 891, p. 423). Esta interpretación de la S. C. de Justicia no parece ser la que se desprende de los textos legales, puesto que el art. 50 del C. de Pr. Civil establece que la cancelación, reducción o limitación del embargo podrá ser ordenada por el tribunal apoderado o el juez de los referimientos en cualquier estado de los procedimientos cuando hubiere motivos serios y legítimos, que fue la tesis adoptada por la S. C. de Justicia en una decisión anterior (v. Casación, 6 de agosto de 1971, B. J. 729, p. 2341).

Por otra parte, el plazo de un mes a partir de la notificación del acta del embargo o del auto que autoriza la inscripción de la hipoteca judicial provisional, previsto en los párrafos primero y segundo de los arts. 50 y 56 del C. de Pr. Civil, se refiere únicamente a los casos de consignación de las sumas necesarias para garantizar las causas del embargo o de la inscripción provisional.

Es indudable que el juez de los referimientos, al conocer del levantamiento o reducción de las medidas provisionales autorizadas por él mismo, deberá apreciar, como lo ha hecho al dictar el auto, pero mediante debate contradictorio, los dos elementos previstos en el art. 48; la urgencia y el peligro del crédito, pero absteniéndose de examinar aquellas cuestiones que necesariamente son de la exclusiva competencia de los jueces del fondo.

Referimiento para otorgar una garantía al acreedor. Este caso de referimiento está previsto en el párrafo final del art. 110 en virtud de cuyos términos "En los casos en que la existencia de la obligación no es seriamente discutible, puede acordar una garantía al acreedor".

Esta competencia reconocida al juez de los referimientos no le permite sin embargo estatuir sobre el fondo del litigio.

Esta disposición legal ha sido considerada en Francia,

como una de las modificaciones más importantes introducidas por el Nuevo Código de Procedimiento Civil, por sus múltiples aplicaciones especialmente en materia de responsabilidad civil, de protección a la vida privada, etc.

En estos casos de referimiento, no es necesaria la urgencia, aunque el admitir la ausencia de esta condición fue objeto de controversias doctrinales y fluctuaciones en la jurisprudencia [43].

La ausencia de una obligación seriamente contestada es una condición expresamente exigida por la parte final del referido art. 110. La interpretación de esta condición obliga sin lugar a dudas al juez de los referimientos a apreciar el carácter no seriamente discutible de la obligación, para atribuir al acreedor una garantía o indemnización provisionales, que imponen al juez de los referimientos una misión delicada si no desea inmiscuirse en el examen del fondo del asunto que escaparía a su competencia.

Dificultades de ejecución de una sentencia o de un título ejecutorio. De acuerdo con el antiguo derecho, era controvertido saber si podía pedirse en referimiento la suspensión de un procedimiento ejecutorio. En favor de la negativa se había sostenido que el referimiento debía emplearse para facilitar la ejecución de los títulos, no para suspenderla. Pero prevaleció la opinión contraria, en razón de los términos generales empleados por el antiguo art. 806.

En la actualidad el uso de la vía del referimiento para facilitar la ejecución de un título o suspender su ejecución tiene una más firme justificación legal en el art. 112 de la L. 834.

Lo mismo que la urgencia, el saber si hay dificultad en la ejecución de un título es una cuestión de hecho, sujeta por consiguiente a la apreciación soberana de los jueces del fondo

---

(43) Dalloz, *Enciclopedie Juridique*, 2da. ed., 1984, Vo. *Référé Civil*, No. 238 y la jurisprudencia citada. V. asimismo, Com. 20 de enero, 1981 Gaz. Pal. 27-28 de mayo, 1981, citada por Dalloz *Encyclopedie, mise a jour*, 1985, que admite que el monto de la garantía (provisión) no tiene otro límite que el monto seriamente contestable de la deuda alegada.

(Casación, sentencias precitadas, a propósito de *Casos de urgencia).*

Dentro de esta categoría de referimiento se encuentran los casos de referimientos sobre procesos verbales o sobre acta, introducidos por el alguacil en caso de dificultades de ejecución. Igualmente puede incoarse el referimiento en virtud del citado art. 112 por la iniciativa del deudor interesado en obtener la suspensión de las persecuciones, porque el alguacil por diversas razones, no hubiera actuado.

Es preciso tener en cuenta por una parte, que no es necesario en estos casos justificar la urgencia, puesto que toda dificultad en la ejecución de un título requiere una solución urgente; y por otra parte, que el art. 112 no subordina los poderes del juez a la ausencia de contestación seria.

Estos casos de referimiento solo son conocidos por el presidente del tribunal de primera instancia. Por consiguiente, el presidente de la Corte de Apelación, no es competente para conocer de ellas, en ausencia de una disposición expresa de la ley, análoga a la del art. 112.

Referimiento en curso de instancia. [44] El referimiento puede ser empleado aun cuando la medida objeto de la demanda tenga conexión con un proceso pendiente entre las partes sobre el fondo. La ley no distingue. Este referimiento, admitido en el antiguo derecho existe también de acuerdo con las actuales reformas.

Así, en caso de litigio sobre el derecho de propiedad, una cualquiera de las partes puede pedir en referimiento que se ponga bajo secuestro el inmueble litigioso.

Asuntos comerciales. La ley no distingue entre asuntos civiles y comerciales. Por otra parte, en virtud del principio de la unidad de jurisdicción, el j. de primera instancia conoce indistintamente de los unos y de los otros, mediante el proce-

---

(44) Ponelle, *Le référé en cour* d'instance, 1934; Jean Vincet, *Procedure Civile* p. 655, y la jurisprudencia citada que parece poner fin a la controversia jurisprudencial sobre la improcedencia del referimiento después del apoderamiento del juez del fondo. V. Casación, 29 de mayo, 1985, B. J. 894, p. 1240.

dimiento particular a cada uno de ellos. En consecuencia, puede ser sometida ante el j. de primera instancia en la forma del referimiento, toda pretensión tendiente a obtener una medida provisional, aunque sean comerciales las relaciones que existan entre las partes, o los títulos cuya ejecución presente dificultades.

Esta tésis es en la actualidad consagrada por las disposiciones introducidas en virtud de la L. 834.

Asuntos del j. de paz. El referimiento no es posible ante un tribunal de excepción, como lo es el j. de paz puesto que la ley, contrariamente a como sucede en Francia con los tribunales de excepción, no les reconoce la facultad de dictar ordenanzas en referimiento.

Se ha afirmado que un referimiento ante este tribunal es de poca utilidad, dado que el procedimiento ante los tribunales de excepción es tan rápido como el referimiento. Pero no puede dejarse de tener en cuenta que puede ser útil el uso del referimiento ante esta jurisdicción a fin de obtener medidas urgentes de carácter provisional.

Derechos inmobiliarios. Como ya se ha expresado (v. supra, ·Definición y evolución), no puede acudirse en referimiento si el asunto se refiere, directa o indirectamente, a la existencia de un derecho inmobiliario en proceso de saneamiento, o de un derecho inmobiliario ya registrado. En estos casos, el j. de primera instancia es incompetente de un modo absoluto, según resulta de lo que disponen los arts. 7 ref. por la L. 3719 de 1953 y 269 de la L. de R. de T., que atribuyen exclusivamente al T. de Tierras el conocimiento de estas cuestiones (Casación, 23 de agosto, 1945, B. J. 421, p. 650).

Asuntos entre la c. de Apelación. Poderes del Presidente.[44 bis] De acuerdo con el antiguo derecho, el referimiento

(44 bis) En este aspecto del referimiento se analizan los poderes del presidente la c. de apelación para ser consecuentes con el título que precede a los artículos 140 y 141 de la L. 834. No obstante conviene aclarar que los poderes del presidente en los casos de urgencia y de ejecución provisional en el curso de una instancia de apelación son ejercidos por el presidente del j. de primera instancia cuando se trata de recursos contra las sentencias de los j. paz. Puede considerarse pues, que el título que precede los citados arts. 140 y 141 es consecuencia de una errada adaptación de nuestra Organiza-

no existía en grado de apelación. Los asuntos urgentes que debían ser decididos en referimiento, eran llevados ante el juez de primera instancia, obligado en este caso a conocer en referimiento cuestiones que, por el efecto devolutivo de la apelación, debían ser conocidas por la corte. Por otro lado, cualquier dificultad surgida con motivo de la ejecución provisional de una ordenanza debía forzosamente ser conocida por la c. de apelación en pleno, de acuerdo con el procedimiento propio de esta jurisdicción.

Los poderes atribuídos al presidente en la instancia de la c. de apelación restringidos sin lugar a dudas a determinados casos expresamente previstos por la ley, ha venido a llenar una necesidad en la práctica judicial.

El presidente de la c. de apelación dicta pues verdaderas ordenanzas de referimiento, a las que les son aplicables, de manera general, los principios del referimiento ante el juez de primera instancia: carácter provisional, ausencia de autoridad de la cosa juzgada, contradictoriedad del proceso, etc.

Los arts. 136, 137, 138, 139, 140, y 141 de la L. 834, reproducen las disposiciones de los arts. 956 y 957 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, así como de los arts. 525 y 526 de dicho código. En virtud de dichos arts. 140 y 141. "En todos los casos de urgencia el presidente podrá ordenar en referimiento en el curso de la instancia de apelación, todas las medidas que no colidan con una contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo".

"El presidente podrá igualmente en el curso de la instancia de apelación, suspender la ejecución de las sentencias impropiamente calificadas en última instancia o ejercer los

ción judicial puesto que los j. de primera instancia por ser unipersonales, no pueden denominarse cortes, contrariamente a lo que ocurre en Francia. Esta competencia del presidente del j. de primera instancia en grado de apelación es distinta de la competencia del mismo presidente de dicho tribunal, como juez de los referimientos (arts. 109 a 112 de la citada ley), que en algunos casos podría entrar en conflicto como sucedería con la aplicación del art. 112 de la L. 834. En efecto, de acuerdo con esta disposición el conocimiento de las dificultades de ejecución de una sentencia o de otro título ejecutorio, es de la competencia del presidente del j. de primera instancia estatuyendo como juez de los referimientos, pero no del presidente de dicho tribunal actuando en referimiento, en grado de apelación, puesto que en este caso no existe una disposición similar a la del indicado art. 112. (v. Ch. Cézar-Bru, P. Hebraud, J. Signólle, G. Odoul, Jurisdiction du président du tribunal, Tomo I, Des référé, pag. 653 y s.; Enmanuel Balnc, Nouveau Code de procedure civil commenté dans K'ordre des articles, Art. 956, pag. 620 y 621, Tomo II.

poderes que le son conferidos en materia de ejecución provisional".

Del análisis de los arts. 140 y 141 de la L. 834, los poderes del presidente de la corte pueden reunirse en tres grupos que se analizan a continuación.

1.- **Poderes generales.** Los poderes del presidente de la corte siendo de carácter excepcional, se encuentran subordinados a las siguientes condiciones: que exista un recurso de apelación; que la corte se encuentre apoderada todavía del recurso, esto es, que no se haya dictado sentencia definitiva sobre el fondo y finalmente que exista urgencia.

Sobre la primera condición, es indudable que el presidente de la corte se considera investido de sus poderes como juez de los referimientos desde el momento en que se deposita el acto de emplazamiento en manos del secretario (45) . En lo que respecta a la segunda condición, de ella se desprende que el presidente de la corte no podría, dado sus poderes excepcionales, intervenir en referimiento para conocer de las dificultades en la ejecución de su sentencia, cuando se hubiera interpuesto un recurso de casación, aún fuera éste suspensivo de la ejecución de dicha sentencia. Finalmente, la condición de urgencia reviste todas las características ya señaladas a propósito del referimiento en primera instancia. La medida se justificaría pues, cuando constituye la única vía para evitar un peligro grave e inminente o la agravación de un perjuicio ya experimentado, apreciación que escapa asimismo al control de la corte de casación (Casación, 20 de marzo, 1985, B. J. 892, p. 733).

No obstante lo expresado, la apreciación de la urgencia en este caso, deberá ser más cuidadosa, puesto que conlleva la supresión del primer grado de jurisdicción.

En este sentido, la jurisprudencia francesa ha juzgado que solamente un hecho nuevo puede justificar la ordenanza

(45) V. Casación, 18 de diciembre, 1985, Caso F. Arcangel; 29 de mayo, 1985, B. J. 894, p. 1240.

del presidente de la corte de apelación, si esta medida parece urgente.

De conformidad con el art. 140 de la L. 834, el presidente de la corte de apelación puede ordenar en referimiento en primer lugar, todas las medidas que no colidan con ninguna contestación seria, y en segundo lugar, que justifiquen la existencia de un diferendo.

El presidente de la corte no podría pues ordenar en referimiento una medida que, aunque urgente, fuera susceptible de darle una solución a la litis. En cambio, el presidente de la corte, podría ordenar un experticio, suspender los efectos de una sentencia impugnada mediante un recurso de tercería; pronunciar astreintes, provisionales o definitivos.

El presidente de la corte puede asimismo ordenar en referimiento medidas urgentes en aquellos casos en que, después de la sentencia del primer grado aparecen circunstancias susceptibles de agravar la contestación surgida entre las partes y que ameriten nuevas medidas en la litis, como por ejemplo, la designación de un experto para apreciar defectos nuevos en la construcción objeto de la litis, después de la sentencia del primer grado.

2.- **Sentencias impropiamente calificadas en última instancia.** La primera parte del art. 141 otorga al presidente de la c. de apelación poderes para suspender el referimiento, la ejecución de las sentencias impropiamente calificadas en última instancia. En este sentido, el presidente tiene un poder de control sobre la calificación en última instancia de las sentencias y en caso de que ésta sea errada, suspender la ejecución de la sentencia, hasta que la admisibilidad del recurso sea apreciada por la corte de apelación.

3.- **Poderes del presidente en los casos de ejecución provisional.** De acuerdo con la parte final del art. 141, el presidente de la corte ejerce los poderes que le son conferidos en materia de ejecución provisional.

Pueden distinguirse tres situaciones previstas por los arts. 137, 138, y 139 de la L. 834:

1º Ejecución provisional ordenada. Cuando la ejecución

provisional ha sido ordenada (art. 137), ésta puede ser detenida únicamente por el presidente de la corte de apelación siempre que se cumplan una de estas condiciones: cuando ésta ha sido prohibida por la ley, y cuando hay riesgo de que entrañe consecuencias manifiestamente excesivas (46).

Es indudable que si una disposición legal prohibe expresamente la ejecución provisional el presidente de la corte puede detenerla en caso de apelación, aunque hubiera sido ordenada por la jurisdicción del primer grado, situación ésta que obliga al presidente de la corte a apreciar si efectivamente la ejecución provisional ha sido prohibida por la ley.

La S. C. de Justicia considera (casación, 1° de julio de 1985, B. J. 896, p. 1563) que el efecto suspensivo tiene lugar a partir de la fecha de la demanda en suspensión.

El presidente de la corte suspenderá la ejecución provisional en virtud del citado texto legal si aprecia por ejemplo que una ejecución inmediata podría provocar una situación cuyos inconvenientes para el deudor condenado pesan mucho más que las ventajas que podría experimentar al acreedor. La jurisprudencia francesa ha considerado que la ejecución provisional de una sentencia puede suspenderse cuando la decisión del primer grado ha intervenido en condiciones que hace dudar de la regularidad del procedimiento, especialmente en los casos de violación del derecho de la defensa; cuando el deudor se encuentra actualmente en una situación económica sana y el embargo y la venta del material

(46) La jurisprudencia de la Cámara Civil y Comercial de la C. de Apelación de Santo Domingo es abundante en el aspecto de la aplicación del art. 137 de la L. 834. Pueden citarse a título de ejemplos las siguientes ordenanzas: 15 de mayo, 1984 (caso Estado Dominicano y Director de Telecomunicaciones vs. Radio HIN , C. por A.; 25 de febrero, 1985 (Caso Dr. Ronald C. Bauer vs. Lic. Pedro Oscar Durán; 30 de mayo, 1985 (Caso The Chasse Manhattan Bank vs. Importadora Agrícola Rinconada, C. por A. En los casos citados, la Corte ordenó la suspensión de la ejecución ordenada fundamentándose, en la primera, en que ésta no entrañaba peligro inminente para ninguna de las partes; en la segunda, en que la ejecución ordenada entrañaría consecuencias manifiestamente excesivas; y en la tercera, porque no se trataba de un caso en que la ley atribuye de pleno derecho la ejecución provisional sin prestación de fianza y la ejecución entrañaría consecuencias manifiestamente excesivas para el recurrente.

de la explotación correría el riesgo de paralizar o hacer desaparecer la empresa.

En estos casos, de acuerdo con la citada disposición legal, y lo dispuesto en el art. 136, el presidente podrá tomar "las medidas previstas en los arts. 130 a 135".

Es así que el presidente de la corte en vez de suspender la ejecución provisional puede subordinar ésta a la constitución de una garantía (art. 130) para responder a las restituciones o reparaciones, siempre que no se trate de uno de los casos señalados en la aludida disposición legal. Podría asimismo el presidente autorizar la sustitución de la garantía primitiva por una garantía equivalente (art. 135), o también detener la ejecución provisional autorizando al deudor a consignar los valores suficientes para garantizar el monto de la condenación en principal, intereses y gastos, siempre que no se trate de sumas por concepto de alimentos (art. 134).

2° Ejecución provisional rehusada. Cuando la ejecución provisional ha sido rehusada (art. 138) el presidente puede acordarla en caso de apelación.

Se ha considerado que la condición de urgencia juega un papel importante y decisivo en estos casos. Un hecho nuevo susceptible de modificar la situación de las partes ocurrido posteriormente a la sentencia del primer grado, o cuando el riesgo de insolvencia del deudor se manifiesta en el curso de la instancia de apelación, son cuestiones que facilitan la justificación de la urgencia.

3° Ejecución provisional no solicitada. Omisión. Cuando la ejecución provisional no ha sido solicitada o, habiéndolo sido el juez del primer grado haya omitido ordenarla, ésta puede ser solicitada en referimiento al presidente de la corte (art. 139).

En estos casos, no es exigida la condición de urgencia, aunque la jurisprudencia francesa considera esta facultad en cierta forma excepcional, como sería el caso de que el acreedor en primera instancia no hubiera considerado útil solicitar la ejecución provisional.

Es obvio que el presidente de la corte usando los poderes conferidos por la aludida disposición legal, acordará la

ejecución provisional "cuando lo estime necesario y compatible con la naturaleza del asunto" (art. 128).

La jurisprudencia francesa considera que la ejecución provisional ordenada en este caso por el presidente de la corte produce sus efectos a partir de la ordenanza de primer grado y no a partir de la decisión del presidente de la corte [47].

Recursos: La ordenanza del presidente de la c. de apelación únicamente podrá ser impugnada mediante el recurso de casación, no por el recurso ordinario de la apelación (Casación 18 de diciembre, 1985, B. J. 901, p. 3152).

SECCION II

FORMA DE PROCEDER EN REFERIMIENTO

Apoderamiento normal. Generalmente el referimiento se inicia, como se ha expuesto, mediante *citación*, diligenciada a requerimiento del demandante, para una audiencia que será celebrada el día y hora habituales de los referimientos. Sin embargo, en los casos de extrema celeridad, el juez puede autorizar que se cite a hora fija, aún en días feriados o de descanso, sea en el local de las audiencias o en su domicilio con las puertas abiertas (art. 102 de la L. 834).

No existe realmente un plazo fijado para comparecer en referimiento. En principio el demandado es citado para el día fijado para los referimientos. El juez o presidente deberá apreciar, en cada caso, si se le ha acordado al demandado un plazo suficiente. Es lo que indica el art. 103 de la citada ley, al expresar que el juez "se asegurará de que haya transcurrido un tiempo suficiente entre la citación y la audiencia para que la parte citada haya podido preparar su defensa. Se admite, en este sentido [48] que el juez, en caso de estimar

(47) Revista trimestral de derecho Civil, 1973, p. 384, obs. de Hebraud.

(48) Jean Vicent, Procedure Civile, p. 655. La Suprema C. de Justicia ha estatuído en el sentido de que el plazo de un día otorgado al demandado en materia de referimiento es suficiente si éste ha podido preparar su defensa, circunstancia que es apreciada soberanamente por los jueces del fondo (Casación, 31 de agosto, 1983, B. J. 873, p. 2505).

que el plazo es insuficiente, puede fijar el asunto para la semana siguiente.

Referimiento sobre acta. Además de la citación, en ciertos casos excepcionales el referimiento se inicia mediante acta levantada por un oficial público en el ejercicio de sus funciones, en la que hace constar la dificultad surgida y envía a las partes ante el juez, en referimiento: el alguacil, en caso de embargo ejecutivo (art. 607); el juez de paz en caso de fijación de sellos (art. 921); el notario al momento de proceder a un inventario (art. 921). El juez queda apoderado del conocimiento de la dificultad por el envío del acta en que el oficial público la ha consignado, y sin necesidad de citación a requerimiento de parte.

Las disposiciones legales citadas podrían considerarse vigentes, si se tiene en cuenta la disposición del art. 112 de la L. 834 que permite al presidente del tribunal estatuír en referimiento sobre las dificultades de ejecución de una sentencia o de otro título ejecutorio.

Comparecencia. De acuerdo con las normas legales vigentes antes de la puesta en vigor de la Ley No. 91 de 1983, que creó el Colegio Dominicano de Abogados, no se requería el ministerio de abogado en este procedimiento, por lo cual las partes podían comparecer personalmente o ser representadas por un apoderado cualquiera. La citada ley hace obligatorio el ministerio de abogados en materia de referimiento.

Audiencia. Es celebrada en el local del tribunal y en las formas del derecho común; pero en los casos de extrema celeridad, el art. 102 permite celebrarla como se ha expresado, en la morada del juez.

El debate es puramente oral, pero nada impide que las partes depositen conclusiones escritas en la audiencia, si todas están presente o representadas.

El referimiento es una forma de proceso que la ley autoriza para obtener instantáneamente del juez una decisión puramente provisional sobre una cuestión urgente.

Incidentes. En esta materia pueden ocurrir los mismos incidentes de procedimiento que en los demás asuntos, ex-

cepciones de nulidad, de incompetencia, etc.

Por otra parte, el juez puede ordenar las medidas de instrucción que fueren útiles para el esclarecimiento de la causa: información testimonial, inspección de lugares, comunicación de documentos, comparecencia personal.

Sustitución de procedimientos. En razón de que, siendo unipersonal, en el j. de primera instancia no son entidades distintas el tribunal y el juez-presidente, cuando un asunto que debe ser llevado de acuerdo con el procedimiento civil o comercial es sometido en la forma del referimiento, no hay lugar a declinatoria por causa de incompetencia del juez de los referimientos, sino a la posibilidad de proponer la excepción de nulidad contra el acto de citación (casación, 28 de enero de 1949, B., J. 462, p. 33; 15 de junio de 1966, B. J. 667 p. 876).

Pronunciación de la sentencia. La clausura de los debates pone la causa en estado de recibir fallo. La decisión es dictada a la mayor brevedad, si es posible en la misma audiencia; en esta materia no podría el juez, sin desnaturalizar el procedimiento, usar los plazos autorizados en el art. 78 del C. de Pr. Civil mod. por la L. 845 de 1978.

Si sobreviene un cambio en la persona del juez, se aplica la distinción hecha por la L. 684 de 1934.

Sentencia. La decisión del juez de los referimientos es llamada generalmente *auto* u *ordenanza,* pero es una verdadera sentencia o decisión de carácter contencioso. Este auto no puede perjudicar en nada a lo principal del asunto (art. 104 de la L. 834). Esto no significa que el auto dictado en referimiento no pueda causar, en hecho, perjuicio a una de las partes, sino que tiene un carácter puramente provisional, que no *prejuzga* el fondo de la contestación, y que debe dejar intacto el derecho del tribunal de estatuir como fuere procedente acerca de las pretensiones de las partes en cuanto a lo principal de la contestación (casación, octubre, 1969, B. J. 707, p. 5004). Así, no puede estatuirse en referimiento acerca de la interpretación de un contrato, ni pronunciarse la resolución de un contrato, ni condenarse a un pago.

No obstante, como ya se ha expresado, existen casos de

referimiento previstos por las nuevas reformas, que atenúan considerablemente el principio anteriormente expuesto.

La ordenanza en referimiento es ejecutoria provisionalmente sin fianza, pero el juez puede ordenar que sea prestada una fianza. En caso de necesidad extrema, puede ordenarse la ejecución sobre minuta, sin previa notificación (art. 105 de la citada ley). La ordenanza en referimiento no es susceptible de oposición pero sí de apelación, a menos que emane del presidente de la c. de apelación (art. 106).

Una innovación en las disposiciones de la L. 834 (art. 108) que pone fin a las controversias doctrinales y jurisprudenciales sustentadas con anterioridad a dicha ley, es la facultad otorgada al juez estatuyendo en referimiento de pronunciar condenaciones a astreintes (multas conminatorias) y liquidar, a título provisional, los astreintes que hubiera pronunciado [49]

CAPITULO V

ORDENANZAS SOBRE REQUERIMIENTO

Régimen. Es indudable que en el sistema del C. de Pr. Civil existen las denominadas ordenanzas sobre requerimiento (requéte) cuyo uso está previsto en diversas disposiciones, pero en forma alguna fueron dotadas de un régimen jurídico propio.

La L. 834 no recogió las disposiciones de los arts. 493 a 958 y 959 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

Tanto la ordenanza o auto en referimiento, como la ordenanza sobre requerimiento emana del presidente del tribunal. Son medidas urgentes de carácter provisional y pueden ser modificadas por hechos y circunstancias nuevas. Pero,

(49) Jean Vincent, ob. cit. pág. 655. Civ. 30 de mayo, 1980 D. 1980, inf. rap. 463 obs. de P. Julien, citada en Dalloz, Enciclopedie Juridique, 2da. ed. Référé Civil, mise a jour 1985, No. 103. v. sobre el astreinte contra el Estado, Casación, 27 de noviembre, 1985, B.J. 900, p. 2987.

mientras la ordenanza sobre requerimiento es una medida urgente solicitada al juez, sin previa citación de la contraparte, porque dada sus características no puede ser obtenida contradictoriamente, en razón de que una advertencia a ésta tendría como consecuencia prevenir y evitar la ejecución de la medida solicitada, la ordenanza en referimiento exige la citación previa a la contraparte (50) .

TITULO VIII

TRIBUNALES DE EXCEPCION

CAPITULO I

JUZGADOS DE PAZ

Legislación. Las reglas del procedimiento ante el juzgado de paz están contenidas en los arts. 2 al 47 del C. de Pr. Civil. 10 de la L. 1486 de 1938 (asuntos que interesan al Estado), 254 y s. de la L. de R. de T. (acciones posesorias relativas a terrenos en curso de saneamiento).

Citación. La citación ante el j. de paz está sometida a los requisitos impuestos por el derecho común para los demás actos de alguacil (supra, libro III). El art. 2 indica las enunciaciones que debe contener, de un modo análogo a como lo hace el art. 61 para el emplazamiento ante el j. de primera instancia. Con excepción de la constitución de abogado, obligatoria actualmente en virtud de la L. 91 de 1983, la citación ante el j. de paz, a diferencia del acto de emplazamiento, no contiene ni elección ni domicilio, ni copia de documentos, y, en materia inmobiliaria, la designación del inmueble no tiene que hacerse precisamente conforme a lo que dispone el art. 64. A diferencia de lo que dispone el art. 61, el art. 2 no pronuncia la nulidad de la citación por incumplimiento de las formalidades que manda observar. Hay que aplicar en esta

(50) V. sobre la retractación de las ordenanzas sobre requerimiento, supra Casos de referimiento.

materia, pues, la distinción entre formalidades sustanciales y no sustanciales. La citación puede ser anulada solamente cuando omite una de las formalidades sustanciales, que son: la fecha, la designación del demandante, la indicación del demandado, la enunciación del objeto y de los medios de la demanda, la indicación del j. de paz y del plazo de la comparecencia.

El demandante no tiene que hacer fijar el día de la causa antes de notificar la citación, como ocurre en materia comercial y en referimiento, puesto que este juzgado celebra audiencia todos los días (art. 8).

Plazo de la comparecencia. Según lo dispone el art. 5 es de un día franco, y se aumenta naturalmente en proporción de la distancia entre el domicilio del demandado y el asiento del juzgado (art. 1033).

Este plazo puede ser abreviado mediante cédula del juez en los casos urgentes (art. 6).

En todos los casos, debe indicarse expresamente en la citación el día de la audiencia, el cual es fijado al vencimiento del plazo de la comparecencia.

Cuando el plazo para la comparecencia dado en la citación es inferior al establecido por la ley, si el demandado no comparece, el juzgado ordena que se le cite nuevamente a expensas del demandante (art. 5).

Otros modos de apoderamiento. Además de la citación, que es la forma ordinaria, ante el j. de paz existen otras formas de apoderamiento, que tienen carácter excepcional: la comparecencia voluntaria, autorizada por el C. de Pr. Civil; la declaración de un accidente del trabajo, prevista en la L. 385 de 1932.

Comparecencia espontánea. Los arts. 7 y 9 permiten que las partes, omitiendo la citación comparezcan espontáneamente ante el j. de paz y le expongan la demanda y los medios de defensa, apoderándolo así del conocimiento del proceso.

Accidentes del trabajo. De acuerdo con lo que dispone el art. 8 de la L. 385 de 1932, el j. de paz es apoderado del conocimiento del proceso relativo a accidentes del trabajo

mediante la declaración que de cada accidente deberá hacerle el patrono o su representante.

Comparecencia; audiencia. Antes de la vigencia de la L. 91 de 1983, que creó el Colegio de Abogados las partes podían asistir personalmente, o representadas por un mandatario especial, aún cuando no estuvieran impedidas de comparecer. El abogado no estaba eximido de exhibir su procuración. Actualmente, el ministerio de abogados es obligatorio ante el j. de paz (v. libro II, *Monopolio*).

Los debates tienen que ser puramente orales, lo mismo que las conclusiones, según lo dispone el art. 9. Pero es evidente que no se incurriría en nulidad si las partes depositaran alegatos escritos.

El juez tiene la policía de la audiencia, de acuerdo con los arts. 9 y s. del C. de Pr. Civil, 365 y 366 del C. de Pr. Criminal: puede expulsar previa advertencia a quienes no se conduzcan correctamente, y sin advertencia si la falta es grave, pudiendo ordenar su arresto si no se retiran.

Sentencia. La causa debe ser fallada, si fuere posible, dentro de los términos prescritos por la L. 1021 de 1935.

En caso de cambio en la persona del juez, su sucesor puede fallar el asunto de acuerdo con lo que dispone la L. 684 de 1934.

CAPITULO II

TRIBUNAL DE CONFISCACIONES (51)

Legislación. El Tribunal de Confiscaciones ha sido instituido por la Ley 5924 de 1962, la cual prevee la competencia y procedimiento que deberán seguirse ante este Tribunal. Dicho procedimiento es de carácter especial.

Los asuntos que entran dentro de la competencia del

(51) La L. 285 de 1964 suprimió el Tribunal de Confiscaciones, atribuyendo sus funciones a la Corte de Apelación de Santo Domingo. En consecuencia, todas las veces que se lea Tribunal de Confiscaciones, se entenderá Corte de Apelación en funciones de Tribunal de Confiscaciones.

Tribunal de Confiscaciones han sido tratados en supra, libro V, Cap. II, Sev. VI.

Procedimiento en materia civil. Cuando la demanda es intentada por el Estado o un particular, el Tribunal quedará apoderado del caso "por instancia depositada en la Secretaría del Tribunal, copia de la cual deberá ser notificada a la parte contra quien se persigue la acción, dentro de los cinco días siguientes al depósito". Es obligatorio hacer elección de domicilio en la ciudad de Santo Domingo, y de no hacerlo "los actos podrán ser notificados en la Secretaría del Tribunal de Confiscaciones." (Art. 19 de la L. 5924).

En caso de que se intentare demanda contra el Estado, de acuerdo con las previsiones de esta Ley, dicha demanda será notificada al Secretario de Estado de Propiedades Públicas, "quien previa consulta con el Presidente de la República, designará la persona que asumirá la representación del Estado en la litis"'

Ante este Tribunal no es obligatorio el ministerio de abogado: en consecuencia las partes pueden comparecer y defenderse personalmente, o mediante un apoderado especial. El abogado no necesita justificar su poder.

Dentro de los 30 días que siguen al depósito de la instancia arriba mencionada, la parte demandada o su abogado, si lo constituye, depositará en Secretaría su contestación, y notificará ésta a la parte contraria o a su abogado, si lo tiene.

Audiencia. A petición de la parte más diligente, (mismo texto), el tribunal fijará audiencia para conocer del asunto, la que se hará saber a la otra parte.

En audiencia, según indica la disposición citada, se sigue un procedimiento similar al establecido para los asuntos sumarios. Es obvio que, desaparecido el procedimiento sumario, en virtud de las disposiciones de la L. 845 de 1978, se deberá seguir el procedimiento para los asuntos civiles. "El tribunal podrá concederles un plazo moderado, si así lo solicitan, para replicar y contrarreplicar" (mismo texto).

Este Tribunal puede ordenar "las medidas de prueba que juzgue convenientes"; los informativos serán celebrados en forma suscinta (Casación, agosto, 1967, B. J. 681, p.

1377), y siempre en la forma que sea asegurado el derecho de defensa "podrá el Tribunal ordenar que sean puestas en causa las personas que deberán ser incluídas en la solución del caso".

Facultades en caso de abuso o usurpación de poder. De conformidad con el art. 33 de la L. 5924, en los casos en que la acción tenga su fuente "en el enriquecimiento ilícito, como consecuencia del abuso o usurpación de poder, el Tribunal de Confiscaciones podrá declarar no oponible la prescripción y abiertas las vías de recurso contra las decisiones judiciales" intervenidas, y "anular la convención litigiosa por vicio del consentimiento fundándose en los efectos jurídicos que conforme al derecho común, produce la fuerza mayor". Podrá, "si se trata de derechos registrados anular las sentencias, decretos y resoluciones emanados del Tribunal de Tierras, así como los certificados de títulos que sean necesarios para la solución del litigio y ordenar lo que sea procedente".

Como se ve, la comprobación de un caso de abuso o usurpación de poder, por parte del Tribunal de Confiscaciones, puede dar lugar a que sea anulado un derecho registrado, el cual, salvo esta excepción, debe ser inatacable, y oponible a todo el mundo (v. infra, libro VI, capítulo III).

Facultades en caso de compensación. De acuerdo con los arts. 34 y siguientes de la L. 5924 de 1962, el Tribunal de Confiscaciones puede, en caso de acoger una demanda en reivindicación de un inmueble "que se encontraba en el momento de la confiscación en nombre de la persona cuyos bienes han sido confiscados" "restituír dicho inmueble al demandante, sin derecho a indemnización alguna".

Si se trata de un inmueble que ha sido adquirido por el condenado a confiscación en virtud "de una convención y el precio de adquisición es igual al valor que tenía el inmueble en el momento de la convención", el Tribunal "deberá desestimar la demanda". Por el contrario, si el precio de adquisición del inmueble es inferior a su valor en el momento de la convención, "el Estado tendrá la facultad de quedar dueño del mismo pagando la diferencia entre ambos valores, y de no ejercer el Estado esta facultad, el demandante "podrá adqui-

rir el inmueble devolviendo el precio que ha pagado la persona condenada a la confiscación". En caso de que no se ejerzan estas facultades, el Tribunal podrá acordar al demandante una compensación "que no exceda del monto de la diferencia ya indicada, entre el valor del inmueble y el precio pagado por el comprador".

La devolución o restitución no será posible, cuando se trate de un inmueble destinado a la explotación agrícola, industrial o comercial, o si en él se encuentran levantados edificios públicos o que esté o pueda ser destinado a fines de utilidad pública o de interés social". En este caso, "el demandante tiene derecho a una compensación", debiendo el Tribunal enviar a las partes ante el Juez que comisione "para que se pongan de acuerdo" "respecto del monto y de las modalidades de la compensación". En caso de no acuerdo, "el Juez comisionado así lo informará al Tribunal para que éste fije la reparación que corresponde".

Si el inmueble que se reclama se encuentra en poder de un tercero, éste se presume de mala fe hasta prueba en contrario, "y se restituirá el inmueble, con todas sus mejoras, y sin compensación alguna, al demandante que ha obtenido ganancia de causa". Si el tercero prueba su buena fe, "podrá conservar el inmueble pagando al reclamante una suma equivalente a la mitad del valor que tenía dicho inmueble en el momento en que se cometió el abuso o usurpación de poder."

El Tribunal de Confiscaciones podrá tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, cuando deba fijar las compensaciones a que tienen derecho las partes, pero, en caso de que éstas queden a cargo del Estado, dichas compensaciones no podrán exceder, "en ninguna de las situaciones expresadas, del valor que tenía el inmueble en el momento de la usurpación o de la convención que operó el transferimiento del derecho de propiedad"; así como "acordar que las compensaciones puestas a cargo del Estado sean pagadas en plazos periódicos".

CAPITULO III

SANEAMIENTO INMOBILIARIO

SECCION I

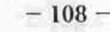
GENERALIDADES [52]

En qué consiste. El saneamiento inmobiliario es un procedimiento de carácter especial y extraordinario, incoado a iniciativa del Estado, impulsado y dirigido por el órgano jurisdiccional, con el que se obtiene el establecimiento, respecto de los inmuebles, del derecho de propiedad y de los otros derechos registrables, por medio de sentencia final e inatacable, oponible a todo el mundo.

Legislación. El saneamiento inmobiliario está regulado por la L. 1542 de 1947; mod. por las leyes Nos. 1860 de 1948; 2144 de 1949; 3468 de 1953; 3532 de 1953; 3630 de 1953; 3719 de 1953; 3787 de 1954; 4479 de 1956; 4656 de 1957; 5057 de 1958; 5147 de 1959; 5667 de 1961; 3877 de 1962; 544 de 1964, 437 de 1964; 132 de 1967 y 35 de 1970; por la L. 3637 de 1963, que sanciona las faltas cometidas por los agrimensores, las leyes números 3705 de 1954 y 145 de 1964, que regulan el cobro de los créditos a favor del Estado por concepto de mensuras catastrales; el Reglamento número 9655 de 1954; de mensuras catastrales.

El objeto de esta legislación es implantar el sistema Torrens de publicidad real inmobiliaria, en sustitución del sistema de publicidad de carácter personal que resulta del C. Civil, de la L. del 21 de junio de 1890, sobre registro y conservación de hipotecas, y de sus modificaciones. La pieza esencial y fundamental del nuevo sistema es el *libro registro,*

(52) V. F. Tavares hijo, *En torno a la peligrosidad del proceso de saneamiento inmobiliario*, en Revista Jurídica Dominicana, año 1946, No. 24; p. 41; Arístides Alvarez Sánchez, *Eficacia y constitucionalidad de las citaciones en el saneamiento de la propiedad inmobiliaria*, año 1947, No. 25-26, p. 24; ambos trabajos reproducidos en *Estudios Jurídicos*, Tomo II, vol. III, 1975, Ed. Capeldom.



en el cual se asientan, en hojas especiales, y respecto de cada inmueble, el derecho de propiedad y los otros derechos registrables. Cada una de estas hojas es un *certificado original de título.* Se puede decir que estas reglas de fondo constituyen la parte *sustantiva* del nuevo sistema.

El saneamiento es el mecanismo *adjetivo* empleado en este sistema de publicidad para llegar al establecimiento del primer certificado de título de cada inmueble, el cual es preparado por el registrador de títulos en ejecución del decreto de registro expedido por el Secretario, de acuerdo con la sentencia final emanada del T. S. de Tierras.

Terminología [53] . Perfeccionando las expresiones técnicas empleadas en ciertas ocasiones por la L. de R. de T. el uso ha establecido, para designar los terrenos en las sucesivas fases del proceso de saneamiento, la terminología abajo expuesta.

Terreno bajo mensura catastral es aquel en que se ha dado comienzo a una mensura. Es importante conocer este momento, porque, de acuerdo con el Art. 269 de la L. de R. de T., a partir de entonces cesa la competencia de los tribunales ordinarios y la adquiere el T. de Tierras.

Terreno en proceso, o *en curso de saneamiento*, es aquel cuyo expediente, después de terminada la mensura, se encuentra sometido al T. de Tierras para fines de saneamiento.

Terreno saneado es el que ha sido objeto de una decisión final del T. S. de Tierras.

Terreno registrado es el que, como consecuencia de la ejecución del decreto de registro expedido de acuerdo con lo que dispone la sentencia final del T. S. de Tierras, se encuentra incorporado en un certificado de título (v. sin embargo, Casación, 25 de marzo de 1952, B. J. 500, p. 559).

Con excepción de la primera (terreno bajo mensura catastral), estas expresiones son incorrectas, puesto que toman el terreno, en vez de los derechos sobre el terreno, como objeto del proceso de saneamiento. Es preferible decir: *derechos* en curso de saneamiento, saneados, registrados.

(53) Véase la resolución del T. S. de T. del 15 de octubre de 1935, G. O. 4844.

SECCION II

LA MENSURA CATASTRAL

Objeto. La mensura catastral, preliminar obligado del proceso de saneamiento, se encamina a individualizar las áreas de terreno que van a ser sometidas al saneamiento, mediante su *parcelación*, con indicación de las medidas y demás características técnicas de cada parcela. Es una verdadera medida de instrucción, que, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de derecho común, es prescrita, no en el curso del proceso, sino antes de que se inicie.

Iniciativa. La iniciativa para que se practique la mensura catastral (que no debe confundirse con la iniciativa del proceso de saneamiento) pertenece en primer lugar al Estado, y en segundo lugar a todo el que tenga interés en el registro de un derecho registrable. A esa iniciativa responde el T. de T. con una *resolución de concesión de prioridad.*

Mensura a iniciativa del Estado. A pedimento del Estado Dominicano, a quien representa el Abogado del Estado, el Tribunal de Tierras, de acuerdo con lo que disponen los arts. 44 y s. de la L. de R. de T. "determinará las extensiones de terreno que el interés público requiera se le conceda prioridad para el saneamiento y adjudicación de títulos", esto es, para que sea incoado el proceso de saneamiento con relación a tales terrenos.

Antes de resolver, la solicitud es comunicada a la Dirección General de Mensuras Catastrales, que funciona como una dependencia del T. de T. (art. 33 y s. de L. de R. de T.), para que informe acerca de la medida que se solicita, y especialmente para que indique provisionalmente la designación que conviene atribuir a la extensión de terreno de que se trata.

Con ese informe, el T. S. de T. dicta una orden, llamada *resolución de concesión de prioridad.*

Ejecución de la mensura. Está a cargo del Director General de Mensuras Catastrales, de acuerdo con el art. 44 de

la L. de R. de T., practicar la mensura, por conducto de los agrimensores que escoja, de entre el personal de su oficina. Como primera diligencia, dicho funcionario, por medio de un aviso, según lo disponen los arts. 52 y s. de la L. de R. de T., notificará al público el día y la hora en que se empezará la mensura catastral, describiendo lo más amplia y exactamente posible los terrenos a cuya mensura va a procederse. El aviso será publicado, distribuído y fijado en las formas que indican los mismos arts. 52 y s. de la L. de R. de T. Cumplidas estas formalidades, se procede a hacer la mensura, llenándose los requisitos previstos en los arts. 60 y s. de la L. de R. de T.

Mensura a iniciativa particular. Según lo disponen los arts. 45 y s. de la L. de R. de T., los particulares pueden solicitar, por conducto del Abogado del Estado, que el T. S. de T. dicte una resolución mediante la cual ordene que se practique la mensura catastral de un terreno en el cual pretenden tener un interés registrable, a fin de que se proceda luego al saneamiento.

La solicitud, disponen los art. 47 y s. de la L. de R. de T., deberá contener todos los datos relativos al solicitante y al inmueble, y deberá ir acompañada de los documentos justificativos y de un contrato celebrado entre el solicitante y un agrimensor, en el cual éste asuma la obligación de practicar la mensura. El Abogado del Estado verifica la regularidad de la solicitud y la trasmite al T. de T., quien requiere, antes de resolver, la opinión del Director General de Mensuras Catastrales. Los avisos dirigidos al público, de conformidad con el art. 54 de la L. de R. de T., son en este caso preparados por el agrimensor contratista, visados por el Director General de Mensura Catastrales, publicados, fijados y distribuídos, y la mensura es practicada, en la misma forma que si se tratara de una mensura catastral hecha por iniciativa del Estado.

Ampliación. La práctica ha establecido un procedimiento mediante el cual un interesado que no solicitó la concesión de prioridad puede obtener del T. S. de T. una orden adicional ampliativa de la primera, sujetándose a los mismos requisitos. Ambas órdenes se acumulan, como si se tratara de una sola, en los trámites de la ejecución de la mensura.

Carácter; impugnación. La orden o resolución dictada a pedimento de un particular, por la cual se manda practicar una mensura, no es una sentencia, sino un acto de administración judicial, puesto que no resuelve ninguna cuestión contenciosa con respecto a los derechos del peticionario o de terceros (supra, libro IV). (Casación, 29 de abril de 1937, B. J., 321, p. 190).

Por consiguiente, puede ser impugnada por cualquier interesado. La decisión del T. S. de T. respecto de esa impugnación es en cambio una verdadera sentencia, contra la cual puede recurrirse en casación.

Por otra parte, el art. 51 de la L. de R. de T. dispone que no está sujeta a recurso alguno la decisión del T. de T. que niegue una concesión de prioridad.

Preparación del plano. Después de terminadas sobre el terreno las operaciones técnicas de la mensura, el agrimensor comisionado por el Director General de Mensuras Catastrales, o el agrimensor contratista, según que la mensura haya sido ordenada a requerimiento del Estado o de un particular, deberá contener la indicación precisa de las parcelas que comprenden y todas las demás enunciaciones necesarias para que, en la celebración del juicio de saneamiento el tribunal tenga a la vista una imagen exacta de esos terrenos.

Revisión; aprobación. El plano, conjuntamente con los documentos relativos a la ejecución de la mensura, deberá ser entregado al Director General de Mensuras Catastrales, conforme lo dispone el art. 61 de la L. de R. de T., a fin de que sean revisados por los agrimensores oficialmente destinados para ese trabajo. Luego de revisados el plano y los documentos anexos, la mensura es aprobada por el Director General.

Envío del plano. Una vez aprobado el plano, el Director General de Mensuras Catastrales envía el expediente al Abogado del Estado, Fiscal del Tribunal de Tierras, a fin de que formule el requerimiento de saneamiento.

SECCION III
APODERAMIENTO DEL TRIBUNAL

Requerimiento fiscal. Recibido el expediente de la mensura, el Abogado del Estado procede, en cumplimiento de lo que dispone el art. 61 de la L. de R. de T., a apoderar al Tribunal de Tierras del proceso de saneamiento, formulando al efecto un requerimiento contra las personas que sean dueñas, que retengan, que reclamen, posean u ocupen los terrenos, total o parcialmente, haciendo constar, si se saben, los nombres de los dueños de los terrenos que colinden con el área catastral de que se trate, y consignando los demás informes que sea conveniente, con el fin de dar pleno aviso a todos los que ocupen las tierras y a todos los que pretendan tener derecho o interés en las mismas.

Designación del juez. El Presidente del T. de T. dicta entonces, conforme lo dispone el art. 63 de la L. de R. de T., auto por el que trasmite a uno de los jueces el requerimiento fiscal y sus anexos, y lo designa para que entienda en el proceso de saneamiento como juez de primera instancia.

Citación para presentar reclamaciones. Los arts. 64 y s. de la L. de R. de T. mandan que el secretario cite a los interesados para que presenten sus reclamaciones y las pruebas en que las apoyen, lo que hace por medio de un aviso publicado en la Gaceta Oficial y en un periódico de circulación general, y fijado en un lugar visible de los terrenos, en el ayuntamiento y en los j. de paz del municipio o municipios, o del Distrito Nacional, en que se hallen ubicados los terrenos. El plazo que debe darse en el aviso es de no menos de un mes, ni más de seis meses, prorrogables por causas justificadas.

El aviso es dirigido, en primer término, a las personas que parezcan estar interesadas, que son aquellas cuyos nombres figuran en el requerimiento fiscal, y, en segundo término, a todas a quienes pueda interesar.

Las reclamaciones son recibidas en el lugar en que, de acuerdo con el aviso, vaya el tribunal a celebrar sesión.

Quién puede reclamar. Todo interesado puede presentar una reclamación, aun cuando su nombre no figure en el aviso. Este procedimiento, dirigido *in rem* contra todo el mundo (Casación: 31 de mayo de 1933, dos fallos, B. J. 274, p. 17, 24; 12 de junio de 1933, B. J. 275, p. 8; 22 de no-



viembre de 1938; B. J. 340; p. 724), debe comenzar, en efecto, por una conminación dirigida a todo interesado para que haga valer sus derechos en el juicio de saneamiento.

Forma y enunciaciones. De acuerdo con el art. 66 de la L. de R. de T. las reclamaciones son presentadas por escrito, firmadas y juradas por el reclamante o por su apoderado, en un formulario ad hoc suministrado por el tribunal.

Cada reclamación debe enunciar: los nombres, estado civil y edad del reclamante; la designación catastral de la parcela sobre la cual se reclama un derecho o un interés; una descripción de las mejoras existentes en la parcela; el título, acto escrito o posesión, en cuya virtud se reclama; los nombres de los dueños colindantes; los gravámenes; los nombres de los reclamantes contrarios (Casación, 22 de diciembre de 1936, B. J. 317, p. 703); y, en fin, los documentos justificativos.

Naturaleza. La reclamación ante el T. de T. es una *demanda en justicia,* sujeta como tal a los requisitos de fondo inherentes a este acto procesal, con la salvedad, sin embargo, de que no tiene que indicar el demandado, sino cuando se le conoce como posible reclamante contrario. Esta demanda, en efecto, es el ejercicio de una acción puramente *in rem,* ante un tribunal que tiene la dirección e impulsión del proceso, y que deberá, por lo tanto, descubrir inquisitoriamente los adversarios del reclamante aunque éste no los señale (supra, libro IV).

Certificación de gravámenes. De acuerdo con el art. 83 de la L. de R. de T., el juez encargado del saneamiento requerirá del conservador de hipotecas del distrito judicial en donde se está llevando a cabo un expediente catastral una relación de los gravámenes inscritos sobre los terrenos o sus mejoras comprendidos en dicho expediente, para hacerlos constar en la sentencia, si hubiere lugar. La ley no dice expresamente cuándo hará el juez ese requerimiento; pero lo natural es que sea después de recibidas las reclamaciones, que es cuando hay un "expediente" apto para permitirle dirigir esa solicitud al conservador de hipotecas, señalándole con claridad y detalladamente las personas y las fincas sobre las cuales va a expedirse la certificación de gravámenes.

SECCION IV

EL JUICIO DE SANEAMIENTO

El expediente. Después de cumplidos los trámites indicados en la sección anterior, el tribunal tiene en su poder tres listas de personas interesadas en el saneamiento: las que menciona el requerimiento fiscal; las que han concurrido a presentar reclamaciones; los titulares de gravámenes consignados en la certificación del conservador de hipotecas.

Eliminando los factores comunes a las tres o a dos de esas listas, (54) el juez encargado de la causa tiene un estado completo de interesados en el juicio de saneamiento, a quienes deberá hacer citar para la audiencia del caso.

Citación para la audiencia. Los arts. 64 y s. de la L. de R. de T. autorizan al juez a celebrar la audiencia el mismo día de la recepción de las reclamaciones, o tan pronto como sea posible.

El primer modo de proceder, aunque admitido por la ley, no es nada recomendable. En la sesión fijada para recibir las reclamaciones, en efecto, el juez no está en contacto sino con un número insuficiente de interesados en el saneamiento, los que figuran en el requerimiento fiscal. No conoce todavía los interesados que pudieren ser revelados por la certificación del conservador de hipotecas, ni los que puedan resultar del examen de esas reclamaciones. Basta suponer que en el título de adquisición de un reclamante figurara alguna cláusula, por ejemplo una condición resolutoria, un precio no pagado, una servidumbre; oyendo tan sólo a ese reclamante el juez no puede adquirir un conocimiento cabal de la situación

(54) Si es el propietario quien ha solicitado la mensura catastral, su nombre figura en el requerimiento fiscal y entre los que acudieron a presentar reclamaciones; si es un acreedor hipotecario, su nombre figura en las dos primeras listas, y aparece también entre los titulares de gravémens en la certificación del conservador de hipotecas.

jurídica del inmueble, sino que tiene que examinar, además, los alegatos de los otros interesados que pueden tener un interés contrario o concurrente (supra, libro IV).

Es preferible, pues, formar un expediente completo, y preparar entonces una lista de las personas a quienes sea indispensable o útil oír en la audiencia, a fin de que sean saneados y adjudicados los títulos de todos los interesados.

Asistencia de impedidos. El art. 68 de la L. de R. de T. dispone que "Cuando un interesado, por ignorancia, o por cualquiera otro motivo, justifique no poder preparar en debida forma su reclamación y su defensa, el juez de la causa podrá designar a cualquier persona para que la ayude en tales diligencias".

Audiencia. No obstante la disposición del art. 67 de la L. de R. de T., en cuya virtud las partes pueden comparecer y defenderse personalmente o por medio de un apoderado especial, la L. 91 de 1983 hace obligatorio el ministerio de abogado ante el T. de Tierras (v. supra, libro II).

Los debates son puramente orales. Los alegatos y conclusiones de las partes se hacen constar en el libro de audiencias, según lo dispone el art. 23 de la L. de R. de T. Nada se opone a que las partes depositen escritos, ni a que sean autorizadas por el juez a desenvolver sus medios en memoriales entregados después de la audiencia.

Sentencia. Es pronunciada, no en el lugar en que fue celebrado el juicio, sino en el local del T. de T. En caso de cesar en sus funciones el juez que conoció de una causa, el que lo sustituye, por designación del Presidente, puede pronunciar el fallo, según lo dispone el art. 88 de la L. de R. de T. (Casación, 11 de junio de 1952, B. J. 503, p. 1058).

Revisión. La sentencia dictada por el T. de T. en jurisdicción original pasa, de oficio, al T. S. de T., quien procede a revisarla al mismo tiempo que a conocer de los recursos de apelación que puedan haber sido interpuestos (art. 15, 120 y s. de la L. de R. de T.). Es una aplicación más, en el proceso de saneamiento inmobiliario, del principio de impulsión del proceso no por las partes, sino por el mismo órgano

jurisdiccional. La decisión del T. S. de T. es la que adquiere autoridad de cosa juzgada, y recibe ejecución con el decreto de registro expedido por el Secretario (art. 150 y s. de la L. de R. de T.), el cual va a constituír después de transcrito o copiado en el libro-registro, el certificado original de título.

Si es correcta en la forma y en el fondo, la sentencia del juez *a quo* es confirmada por el T. S. de T. Si contiene errores de hecho o de derecho, puede ser enmendada por el T. S. de T., siempre que la instrucción de la causa esté completa; si la instrucción ha sido defectuosa, debe procederse a un nuevo juicio.

Nuevo juicio. Cuando aparezca que la sentencia objeto de la revisión, haya o no recurso de alzada, no sea el resultado de una completa y contradictoria instrucción de la causa, el T. S. de T. debe ordenar, de oficio o a pedimento de parte, que se proceda a un nuevo juicio (art. 128 y s. de la L. de R. de T.). La causa es entonces conocida nuevamente por el juez designado para celebrar el nuevo juicio, quien podrá utilizar aquella parte de la instrucción que encontrase correcta, como por ej. las pruebas producidas en el primer juicio (v. Casación, 13 de noviembre de 1956, B. J. 556, p. 2346, septiembre 1968, B. J. 694, pág. 2056). La sentencia dictada en este nuevo juicio pasa también al T. S. de T. para su revisión, en la misma forma que la primera.

SECCION V

TERRENOS COMUNEROS

Definición. La L. sobre división de terrenos comuneros, del 21 de abril de 1911, art. 1°, los había definido "aquellos cuya propiedad se tiene por acciones y pertenecen a dos o más personas". La L. de R. de T. de 1920, en su art. 1°, los caracteriza como "predios indivisos de terrenos que pertenezcan, o que se digan pertenecer a dos o más personas, cuyos derechos estén representados por acciones denominadas *pe-*

sos u otras unidades que más bien guardan relaciones al valor o derechos proporcionales que al área del terreno". De modo análogo la L. de R. de T. de 1947 expresa: "Cuando en esta Ley se empleen las palabras "Terrenos Comuneros" o "Sitios Comuneros", se entenderá que significan predios indivisos que pertenecen o se dice pertenecer a dos o más personas cuyos derechos están representados en acciones denominadas "pesos" u otras unidades que más bien guarden relación al valor o derechos proporcionales que al área del terreno perteneciente a dichas personas o reclamado por ellas; y siempre que se empleen las palabras "pesos de títulos" se entenderá que significan los títulos sobre "Terrenos Comuneros" o "Sitios Comuneros" ya referidos."

Necesidad de su abolición. En todo tiempo se ha reconocido que esta forma de propiedad presenta gravísimos inconvenientes y peligros, y la urgencia en hacer cesar tal estado de cosas. Con este fin, la L. del 21 de abril de 1911 declaró "de utilidad pública la mensura, deslinde y partición de terrenos denominados comuneros" (art. 1°), y estableció un procedimiento para realizar esas operaciones (art. 2 y s.). El art. 1° de la L. de R. de T. de 1920 declaró, por su parte, que esas operaciones eran de orden público y en sus arts. 82 a 88 trazó un procedimiento encaminado a sanear, dividir y registrar esos terrenos. Al mismo tiempo, en su art. 146 declaró derogada la L. del 21 de abril de 1911, y revocó todos los procedimientos que estuvieran pendientes para la partición de esos terrenos. Pero la L. 590, del 2 de enero de 1921, mod. por el D. 83 de 1923, rehabilitó los procedimientos de mensura ya terminados, dejándolos sometidos a la homologación por los correspondientes j. de p. i., siempre que no se hubiera comenzado una mensura catastral que incluyera el sitio de que se trata, y trazó nuevas pautas para su partición, saneamiento y registro.

La L. 833, del 9 de marzo de 1945, reemplazó las disposiciones de la L. de R. de T. y sus modificaciones sobre este particular, e introdujo importantes reformas en el procedimiento para la partición de los terrenos comuneros, estableciendo, previamente al saneamiento, un procedimiento para

la depuración de los títulos que les conciernen. Sus disposiciones fueron incorporadas a la L. de R. de T. de 1947, art. 89 y s.

Procedimiento. Se regula por lo dispuesto en los arts. 89 y s. de la L. de R. de T. Tienen la iniciativa en el procedimiento para la depuración de títulos las partes interesadas, el Abogado del Estado, y de oficio el T. de T.

El juez encargado del procedimiento hará citar, por medio de un aviso publicado en la prensa y fijado en los ayuntamientos y j. de paz de los municipios en que esté incluído el sitio, a los comunistas y al notario comisionado, para que depositen los títulos que tengan en su poder en la secretaría del T. de T., dentro de un plazo de dos meses.

Los títulos no depositados quedarán excluídos de los pesos o acciones, y por consiguiente no serán tomados en cuenta para la partición del sitio.

Luego de expirado el plazo impartido para el depósito de los títulos, será celebrado juicio para su depuración, previa citación dirigida a los interesados, en igual forma que la que los llamó para el depósito, con un plazo de no menos de treinta días. Después el juez decidirá, por una sola sentencia, sobre la validez o la nulidad de cada título sometido a su juicio, y determinará la cantidad de pesos o acciones que serán tomadas en consideración para los fines de la partición del sitio correspondiente.

Luego que la sentencia sea revisada por el T. Superior de Tierras se procederá a iniciativa del Estado o de accionistas cuyos títulos sumen por lo menos las dos terceras partes del total de los computados del sitio, a ordenar y practicar la mensura catastral siguiéndose los trámites expuestos anteriormente.

TITULO IX

PROCESO EN DEFECTO

Consideraciones generales. El procedimiento en defec-

to ha sufrido profundas modificaciones en virtud de las disposiciones de la L. 845 de 1978, inspiradas en las reformas francesas iniciadas en 1935, luego modificadas en 1958 y 1965, que culminaron con el Decreto del 28 de agosto de 1972, cuyas disposiciones se integraron al Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

Fundamentalmente, el espíritu de las modificaciones fue el de instaurar un sistema en el cual se simplifica el procedimiento en favor de una mayor celeridad de la justicia y evitar las maniobras usuales del sistema que regía en el antiguo Código de Procedimiento Civil. En este orden de ideas, las reformas francesas tienen como base la supresión del recurso de oposición en determinados casos considerando la sentencia contradictoria (o reputada contradictoria). Todas las veces que el asunto es susceptible de apelación o el demandado ha recibido personalmente la citación o la reiteración de ésta, puesto que se presume que no ha debido ignorar la instancia seguida en su contra, el recurso de oposición le está vedado.

La actitud del legislador francés frente al defecto por falta de concluír es más severa, puesto que generalmente la falta de concluír constituía un medio cómodo para ganar tiempo y retardar la marcha del procedimiento en contra del defectante.

Es así que las reformas operadas en Francia en 1935 suprimieron el defecto por falta de concluír como consecuencia de haber suprimido el recurso de oposición. Pasando por las reformas de 1958 que agravaron el régimen del defecto por falta de comparecer, se llega finalmente al Decreto del 28 de agosto de 1972, que como se expresó, fue integrado al nuevo Código.

Resumiendo el sistema instaurado en Francia, podemos decir que reglamenta únicamente el defecto por falta de comparecer para el cual existe, en determinados casos, la posibilidad de un recurso de oposición.

En lugar del defecto por falta de concluir, los arts. 469 y 470 del Nuevo Código consagran el defecto por falta de cumplir los actos de procedimiento en los plazos requeridos,

en cuyo caso el juez dictará una sentencia contradictoria, salvo la facultad para éste de reenviar la audiencia para otra fecha.

Pero la disposición del art. 149 modificado por la L. 845 de 1978, y otras disposiciones modificadas por la citada ley, en lo que respecta al defecto, no pueden considerarse una adopción y traducción fiel de las disposiciones francesas anteriormente comentadas. En efecto, a diferencia de lo dispuesto por el art. 472 francés, el art. 149 de nuestro Código sí establece la posibilidad de un defecto por falta de concluír al expresar que "si el demandado no comparece en la forma indicada por la ley o si el abogado constituído no se presenta en el día indicado para la vista de la causa se pronunciará el defecto. Al respecto, conviene mencionar dos fallos de la Suprema Corte de Justicia: uno de fecha 6 de diciembre de 1982 (v. B. J. 865 p. 2412); otro de fecha 11 de marzo de 1983 (v. B. J. 868, p. 622).

En la primera de dichas sentencias, la Corte de Casación estima que el art. 149 en su nueva redacción no excluye el defecto por falta de concluír, todo ello en virtud de la disposición legal citada. En la segunda sentencia (11 de marzo de 1983) se establece que la disposición del art. 150 en su actual redacción limita la posibilidad de un recurso de oposición al caso de las sentencias en última instancia en defecto por falta de comparecer, pero es inadmisible contra una sentencia en defecto por falta de concluír ya que ésta se reputa contradictoria; el demandado ha constituído abogado, esto es, ha comparecido.

Conviene pues desde ahora deslindar dos campos que por lo menos en el estado actual de nuestro derecho procesal han suscitado controversias: nos referimos al pronunciamiento del defecto, ya sea por falta de comparecer o por falta de concluír, que siempre es posible; y a las consecuencias de este defecto en lo que respecta a la posibilidad de un recurso de oposición.

En efecto, la circunstancia de que una sentencia en defecto sea o no reputada contradictoria, y por ende, sea o no abierto al incompareciente el recurso de oposición, no im-

plica que exista o no exista el defecto: son pues dos cuestiones distintas. De ahí que consideramos inexacto decir que no existe el defecto por falta de concluir: lo que realmente ha desaparecido en el estado actual de nuestra legislación es la facultad para el defectante en este caso, de interponer un recurso de oposición.

No cabe duda acerca de que nuestro legislador tuvo una pésima fórmula para mantener el defecto por falta de concluír, pero, efectivamente, lo ha mantenido. Pero entendemos que está más acorde con los principios jurídicos mantener la institución del defecto, tanto por incomparecencia como por falta de concluir, que crear, como en Francia, una especie de ficción de una ausencia de defecto en el último caso, o un defecto por no cumplir los requisitos legales.

Guiados por este criterio, serán expuestos en la obra las posibilidades en que existe realmente un defecto por falta de comparecer y un defecto por falta de concluír.

CAPITULO I

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

SECCION I

PRINCIPIOS GENERALES

El defecto. Cuando el demandado no comparece en juicio, o cuando él o el demandante no presentan conclusiones en audiencia, se dice que esta parte ha incurrido en el *defecto* (55). En el primer caso la ley dice que hay *defecto por falta de comparecer;* en el segundo caso hay *defecto por falta de concluír.*

Quiénes incurren en uno o en otro. En el defecto por falta de comparecer puede incurrir únicamente el demandado, pero no el demandante. El demandante, en efecto, comparece necesariamente por el hecho de citar al demandado para que comparezca ante el tribunal a oir declarar lo pedido en la demanda, o al ofrecerle directa o indirectamente el proceso mediante uno de los otros modos de apoderamiento antes mencionados que, según se ha expuesto, tienen lugar en virtud de la citación diligenciada a requerimiento del demandante. La única posibilidad para el demandante de incurrir en el defecto es la de no presentarse ante el tribunal el día fijado para la audiencia; no obstante esa inasistencia del demandante, el tribunal sigue apoderado del conocimiento de su demanda, pero decidirá el asunto por medio de una sentencia en defecto *por falta de concluír.*

En cambio el demandado puede incurrir en el uno y en el otro defecto. Como se ha expuesto, la comparecencia del demandado en materia civil ante el j. de primera instancia, en toda materia ante la c. de apelación tiene lugar por medio de una *constitución de abogado,* acto procesal que consiste en dar a conocer, al abogado constituído por el demandante en la citación introductiva de instancia, el nombre del abogado que postulará y defenderá por ese demandado. En los asuntos comerciales y de referimiento puede admitirse que la compa-

(55) El profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ha criticado, al igual que otros muchos, este calificativo empleado por la legislación dominicana, en elogiosa nota crítica sobre el 1er. volumen de la 1a. edición de esta modesta obra *(Miscelánea de libros procesales*, en Revista de Derecho Procesal, 3er. trimestre de 1944, 409 y s.). En este punto, sin embargo, la objeción parece más que discutible. Tres expresiones, en efecto, pueden ser usadas para caracterizar esta manifestación concreta de inactividad procesal: *contumacia, rebeldía, defecto.* Para nuestro sistema del proceso civil de derecho común, que es dirigido e impulsado por las partes, y en que la ingerencia del órgano jurisdiccional está reducida a su mínima expresión, el término rebeldía es francamente inaceptable. Puesto que implica desobediencia a una orden del juez, cuadraría mejor en un proceso predominantemente o exclusivamente inquisitorio, dirigido e impulsado por el tribunal. Contumacia, sinónimo de rebeldía, es un término igualmente inapropiado, por el mismo motivo. Con razón, pues, nuestro legislador emplea el término contumacia únicamente en materia criminal, para calificar la incomparecencia del acusado, lo que se explica dados los poderes del tribunal en esta materia. En cambio, usa el calificativo defecto para designar la incomparecencia en las materias correccional y de simple policía, en las cuales los poderes del juez son menos amplios. El término defecto, empleado por nuestros códigos en relación con los procesos civil y comercial, tiene el sentido natural de faltas, carencia o imperfección, y no resulta por lo tanto más alejado de la exactitud que el de contumacia, y es, en cambio, mucho más apropiado que rebeldía. En estas materias, en efecto, en que las facultades de citación y de impulsión procesal residen en las partes, el litigante que no comparece o que no concluye falta a un deber hacia la parte contraria, está en defecto frente a la parte contraria, pero no ha contravenido a ninguna orden del tribunal.

recencia del demandado se verifica con su asistencia ante el tribunal, pero representado por su abogado, puesto que su ministerio es obligatorio en virtud de la L. 91 de 1983; el hecho de su incomparecencia constituye, pues, el *defecto por falta de comparecer.* Pero, aun presente en la audiencia, el demandado puede abstenerse de concluír, entonces incurre en el *defecto por falta de concluír.*

Carácter. El hecho de incurrir en el defecto constituye, en muchos casos, una maniobra dolosa, enderezada a prolongar el proceso. Cuando eso es demostrado, la parte en defecto puede ser condenada a indemnizar a la otra el perjuicio que le causa (art. 1382 y 1883 del C. Civil). Pero, en sí mismo y descartado su posible carácter culposo, la parte que incurre en el defecto no comete necesariamente una falta, susceptible de hacerla condenar al pago de una indemnización.

El defecto se produce aún cuando el juez por error, ha omitido pronunciar el defecto y ha dado a su sentencia el carácter de contradictoria. Inversamente, la sentencia es contradictoria aunque el juez la haya calificado en defecto, si resulta de los hechos de la causa que el demandado compareció y que ambas partes presentaron conclusiones sobre todos los puntos del debate.

Consecuencias. De acuerdo con el régimen consagrado por el C. de Pr. Civil, cuando una de las partes incurría en defecto, se producían dos consecuencias: 1ra., la sentencia era pronunciada *en defecto* por falta de comparecer o por falta de concluír de acuerdo con la distinción anteriormente establecida; 2a., esta sentencia estaba sujeta, generalmente, a una vía de recurso, *la oposición.*

La L. 845 de 1978 ha modificado los Art. 145 a 151, 153 y 155 a 157 del C. de Pr. Civil, estableciendo profundas innovaciones en el procedimiento en defecto.

El nuevo Art. 150 establece dos categorías de sentencias en caso de incomparecencia: las sentencias en defecto propiamente dichas (art. 150 2a. parte; las sentencias reputadas contradictorias (art. 151, 1ra. parte; 151 parte final).

Unicamente contra las primeras, será admitido el recurso de oposición.

De conformidad con el nuevo art. 150 el recurso de oposición contra las sentencias en defecto es admitido cuando son dictadas en última instancia contra el demandado, si éste no ha sido citado personalmente o en manos de su representante legal.

Dos eventualidades deben existir pues, para que la sentencia sea reputada contradictoria y por tanto se excluya el recurso de oposición: 1) que el demandado haya sido citado personalmente o en la persona de su representante legal; 2) que la sentencia sea susceptible de apelación, aunque la citación no haya sido hecha en la persona del demandado, o de su representante legal.

Este sistema ha sido, no obstante criticado, (56) sobre todo cuando se trata de asuntos apelables, ya que pudiera suceder que el demandado se hubiera encontrado en una real imposibilidad de concurrir a la audiencia: sobre todo si se trata de una citación a día fijo.

Las reformas introducidas mediante la modificación del art. 150 no han reproducido fielmente el sistema instaurado por los arts. 467 y s. del Nuevo C. de Pr. Civil Francés. Sin que la crítica pueda interpretarse como una total adhesión al sistema francés, sí conviene que los conceptos se precisen y clarifiquen.

Por una parte, la L. 845 no adoptó las disposiciones del Art. 471 francés, que hace posible la reasignación del demandado incompareciente, sea a iniciativa del demandante o de oficio por el juez. En Francia, habrán de concurrir las siguientes circunstancias para que una sentencia dictada en última instancia sea considerada en defecto: que el demandante se haya abstenido de citar nuevamente al demandado, si la nueva citación ha sido ordenada por el juez; que, habiendo hecho nueva citación, ésta no haya sido hecha en la persona del demandado. Por el contrario, la sentencia será reputada contra-

(56) Jean Vincent, op. cit. p. 689.

dictoria cuando el demandante ha hecho nueva citación, y ésta se ha realizado en la persona del demandado. Por otra parte, la L. 845 no define claramente las características de la sentencia reputada contradictoria, como lo hace el art. 473 del Nuevo C. de Pr. Civil Francés. Ciertamente, el art. 155 de la L. 845 habla de las sentencias reputadas contradictorias, y el texto del art. 150 indica las condiciones para la admisibilidad de la oposición. Sin embargo, una definición legal, tratándose de una figura jurídica nueva, hubiera sido de gran utilidad.

SECCION II

INCOMPARECENCIA DE LOS DEMANDADOS

Demandado único. Cuando el demandado no comparece, el art. 150 mod. por la L. 845, dispone que el tribunal, en primer término, deberá comprobar el hecho de la incomparecencia, y pronunciar el defecto. En segundo término, el tribunal deberá acoger las conclusiones del demandante si se encontrasen justas y reposasen en una prueba legal. La incomparecencia del demandado no exime al demandante de la obligación de suministrar la prueba de sus alegatos, ni al juez de la obligación de fallar conforme a derecho. En ausencia de toda prueba, o de todo ofrecimiento de prueba, el tribunal deberá rechazar la demanda (art. 1315 del C. Civil) (v. Casación, 29 de septiembre, 1982, B. J. 862, p. 1730) (57).

Si el demandante no posee una prueba preconstituída deberá concluír pidiendo que el tribunal ordene una medida de instrucción que fuere procedente (información testimonial, etc.), a fin de suministrar la prueba de sus pretensiones. El tribunal puede también, de oficio, ordenar una medida de instrucción. Cuando la ley no admite la confesión como medio de prueba, o cuando el orden público está interesado, el juez se encuentra necesariamente obligado, antes de acoger las conclusiones del demandante, a prescribir las medidas de prueba que fueren pertinentes.

Incomparecencia del Estado. Contra el Estado no puede pronunciarse el defecto, ni por incomparecencia ni por falta de conclusiones. De acuerdo en efecto, con lo que disponen los arts. 6 y 7 de la L. 1486 de 1938, el j. de primera instancia no pueden en ninguna materia, en las causas en que el Estado es parte, celebrar audiencia sin que se halle presente el ministerio público; cuyo representante debe asumir, en la misma audiencia, la representación ad litem del Estado no compareciente.

Pluralidad de demandados. Cuando todos los demandados gozan del mismo plazo para comparecer por hallarse domiciliados a igual distancia del asiento del tribunal, el demandante requería al juez pronunciar el defecto por medio de una sentencia única, igual que si se tratara de un solo demandado.

En caso de pluralidad de demandados cuyos domicilios se encuentran a desiguales distancias del asiento del tribunal, cada uno de ellos tiene un plazo distinto para comparecer. El antiguo art. 151 y el art. 152, este último no derogado ni modificado por la L. 845, trazaban dos reglas tendientes a evitar la complicación de procedimientos y la acumulación de los gastos: el demandante debía aguardar a que se venciera el plazo más largo (58) y solamente entonces podía requerirse el pronunciamiento del defecto, lo que debía hacer simultáneamente contra todos los demandados incomparecientes; por su parte, el juez debía decidir por una sola sentencia en defecto, con relación a todos los demandados.

Si, en contravención a las disposiciones de los antiguos arts. 151 y 152 el demandante obtenía varias sentencias en

(57) De acuerdo con la jurisprudencia francesa, viola el art. 472 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés el tribunal que condena al demandado limitándose a tomar en cuenta las explicaciones suministradas y los documentos producidos sin ser objeto de análisis, o basándose únicamente en la incomparecencia, presumiendo que no existe motivo serio contra la demanda por lo que ésta parece bien fundada (Civil. 2a. 14 de enero, 1976, Bull Civ, II, p. 10; 26 de enero, 1977, Ir p. 231; Civ. 2a. 12 de abril, 1976, Bull Civil. II p. 92; J. C. P. 1976, IV, 6627, citadas por Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, art. 472, ed. 1983. (Petit Codes).

(58) El párrafo del nuevo Art. 151 aporta esta misma solución.

defecto separadamente contra cada uno de los incomparecientes, las costas de esas instancias no entraban en tasación y quedaban a cargo del abogado, sin que pudiera repetirlas contra la parte.

Conviene señalar que la L. 845 no modificó la disposición del art. 152 ni expresa ni implícitamente, por lo que parece que permanece vigente, con las innovaciones que han sido introducidas en la citada ley en lo que respecta al procedimiento en defecto, previsto en el nuevo art. 151, según se indicará más adelante.

SECCION III

COMPARECENCIA DE ALGUNOS DEMANDADOS

Procedimiento. Cuando hay dos o más demandados, puede ocurrir que unos comparezcan y otros no comparezcan. En ausencia de disposición expresa de la ley, el juez debería fallar el asunto por medio de una sentencia que sería contradictoria respecto de los demandados comparecientes, y en defecto con relación a los demandados incomparecientes. Esta ocurrencia podría conducir a una situación indeseable, si, sobre un recurso de oposición interpuesto por los incomparecientes, el juez reformara la sentencia; respecto de un mismo punto litigioso podrían existir entonces dos fallos en sentido opuesto, uno contradictorio, otro en defecto.

Para evitar que pudiera ocurrir semejante situación (Casación: 30 de enero de 1918, B. J. 90, p. 6; 24 de enero de 1940, B. J. 354, p. 14), el antiguo art. 153 mandaba que el tribunal, a pedimento de una de las partes, del ministerio público o de oficio, dictara una sentencia preparatoria llamada de acumulación del defecto en beneficio de la causa, con el fin de que todo el proceso fuera decidido por una sola sentencia, común a todas las partes, que no pudiera ser atacada por oposición. Esta sentencia preparatoria contenía tres disposiciones: 1a., hacía constar la incomparecencia de uno o de varios de los demandados; 2a., declaraba que el tribunal se abstenía por el momento de acordar al demandante el beneficio del defecto así pronunciado y de acoger sus conclusiones como hubiera ocurrido cuando se trataba de un demandado único o de varios demandados todos incomparecientes,

acumulando ese defecto en beneficio de la causa; 3a., ordenaba que los demandados incomparecientes fueran nuevamente citados para comparecer por ministerio de un alguacil comisionado al efecto.

Los incomparecientes nuevamente citados, o reasignados como decía el art. 153 tenían para comparecer por ministerio de abogado el plazo de octava (art. 77); y si se trataba de un asunto ordinario, ellos y el demandante tenían que notificarse, previamente a la audiencia las defensas y réplicas correspondientes, conforme lo disponía la L. 1015, de 1935.

Si los demandados, no obstante esta nueva citación, dejaban de comparecer, la ley, presumiendo que ellos se abstenían maliciosamente en no concurrir al proceso, ordenaba que el asunto se decidiera por una sola sentencia que no era susceptible de oposición (Casación, mayo, 1969, B. J. 702, p. 1134).

Esta sentencia favorecía al demandante, no solamente con el beneficio del defecto reservado en la sentencia preparatoria antes mencionada, sino con el de no ser recurrible por oposición.

La actual disposición de art. 151 establece que en caso de pluralidad de demandados "si uno de ellos o varios, o todos no han constituído abogado el tribunal fallará el fondo, por sentencia reputada contradictoria respecto de todos, cuando la decisión sea susceptible de apelación o cuando los demandados condenados en defecto hayan sido citados a persona o en la persona de su representante legal".

El mismo texto legal establece que si por el contrario, el asunto no es susceptible de apelación, "aquel o aquellos de los demandados que, no habiendo sido citados a persona no comparezcan, serán citados de nuevo por alguacil comisionado por auto del presidente". La sentencia pronunciada después de la expiración del nuevo plazo de emplazamiento será reputada contradictoria respecto de todos, siempre que uno de los demandados, por el primero o el segundo acto haya constituído abogado, o haya sido citado en persona o en la persona de su representante legal. En caso contrario, los demandados que hayan hecho defecto podrán formar oposición a la sentencia.

A pesar de que la disposición legal transcrita hace referencia al caso en que uno, varios o todos los demandados no han constituído abogado, es obvio que ésta no excluye los

asuntos comerciales en primera instancia, en los cuales la comparecencia no se produce en virtud de una constitución de abogados.

La disposición legal francesa (art. 474) es más clara en el aspecto señalado, ya que se refiere a demandados no comparecientes.

De acuerdo pues con el referido art. 151 se presentan dos situaciones o eventualidades que se fundamentan en los mismos principios que pautan los casos del demandado único.

1) **La sentencia es de pleno derecho reputada contradictoria**. Este caso se presenta cuando los demandados en defecto han sido citados personalmente o en la persona de su representante legal, o cuando la decisión sea susceptible de apelación.

La solución no presenta dificultad cuando el objeto de la demanda es *indivisible*, ya que la jurisdicción se determina, para cada uno de los demandados, por el monto total de la demanda. Si el asunto es susceptible de apelación, lo será para todos.

Pero la solución no puede ser la misma, para los casos en que el objeto de la acción es *divisible*. El valor del litigio, para fijar el límite de la jurisdicción será apreciado individualmente para cada demandado. De aquí que, para un demandado podría el asunto ser en última instancia; en cambio, para otros no. En estos casos, sólo serán privados de la oposición estos últimos, puesto que tendrán la oportunidad de apelar.

Cuando el asunto es en primera y última instancia para todos los incomparecientes, o para algunos de ellos, el demandante estará obligado a citar nuevamente, según lo establece el mismo art. 151 en su segunda parte. Esta formalidad podrá conducir a la obtención de una sentencia reputada contradictoria según se indica a continuación.

2) **La sentencia no es reputada contradictoria sino después del cumplimiento de ciertas formalidades.** Este caso es tratado en la segunda parte del art. 151. Su texto constitu-

ye, en este caso, una traducción bastante fiel de la segunda parte del art. 474 francés.

Cuando el asunto no es susceptible de apelación, "aquel o aquellos de los demandados que, no habiendo sido citados a persona no comparezcan, serán citados de nuevo por alguacil comisionado por auto del Presidente".

Esta nueva citación deberá contener la advertencia de que la sentencia a intervenir tendrá los efectos de una sentencia contradictoria.

La sentencia que fuere pronunciada después de la expiración del nuevo plazo como consecuencia de la segunda citación será reputada contradictoria respecto de todos, siempre que uno de los demandados, por el primero o el segundo acto, "haya constituído abogado", o más exactamente haya comparecido, o haya sido citado personalmente, o en la persona de su representante legal.

En caso contrario, "los demandados que han hecho defecto, podrán formar oposición a la sentencia".

De lo expuesto puede concluírse que el recurso de oposición resulta bastante improbable. En efecto, la sentencia es reputada contradictoria desde que uno de los demandados, sea por la primera o la segunda citación ha constituído abogado o haya sido emplazado personalmente, o en la persona de su representante legal.

La omisión de la segunda citación entraña, en opinión de algunos autores franceses (59) una nulidad de orden público. Como el procedimiento indicado se aplica a los casos en que no está abierta la vía de la apelación, a la parte demandada sólo le quedaría la posibilidad de un recurso de casación.

Demandados citados en plazos diferentes para un mismo objeto. El párrafo del art. 151 establece que en este caso no se fallará respecto de ninguno de ellos antes del vencimiento del plazo más largo (60).

(59) Jean Vincent, ob. cit. p. 694 y nota (1).

(60) V. el art. 149, del C. de Pr. Civil, 3 a 34, y 60 a 100 de la L. 834 de 1978, que establecen disposiciones especiales para los incidentes sobre incompetencia, litispendencia y conexidad, los informativos y comparecencia personal.

SECCION IV

DEFECTO POR FALTA DE CONCLUSIONES

Cuando ocurre. En los asuntos civiles hay defecto por falta de conclusiones cuando el abogado de una de las partes, a quien se le notificó acto recordatorio, no concurre a la audiencia, o cuando, aún estando presente ese abogado en la audiencia, no presenta conclusiones sobre el fondo del proceso sino sobre una excepción o promueve algún otro incidente (Casación: 11 de agosto, 1922, B. J. 144-146, p. 2; 30 de agosto, 1926, B. J. 193, p. 6; 6 de diciembre, 1982, B. J. 865, p. 2412.

Se incurre en el defecto por falta de conclusiones *en la audiencia.*

El defecto por falta de conclusiones puede ocurrir también en materia comercial cuando una de las partes se conduce como ya se ha expresado.

Sentencia. En este caso la sentencia es *en defecto por falta de conclusiones.*

De acuerdo con la opinión más socorrida (61) esta sentencia no es susceptible del recurso de oposición, ya que el art. 150 en su actual redacción, limita el recurso de oposición a las sentencias en última instancia dictadas en defecto por falta de comparecer del demandado.

Cuando el demandante ha presentado varios puntos de conclusiones y el demandado ha respondido a unos y no a otros, la sentencia es contradictoria solamente respecto de los primeros, pero en defecto sobre los segundos.

Pluralidad de demandados. De acuerdo con el sistema establecido por el C. de Pr. Civil, anterior a las reformas de 1978, cuando había varios demandados *todos comparecientes,* y algunos solamente incurrían en el defecto por falta de

(61) V. Casación 11 de marzo, 1983, B. J. 868, p. 622; Fabio A. Guzmán A., *El procedimiento en defecto en materia civil y comercial después de las reformas de la ley 845 de 1978* (1981). Jottin Cury, *El artículo 149 del Código de Procedimiento Civil*, publicado en el Nuevo Diario, edición del 2 de noviembre, 1981.

concluír, el juez no podía acumular el defecto en beneficio de la causa como debía hacerlo cuando unos demandados comparecían y otros no; por un mismo fallo, el juez debía decidir contradictoriamente respecto de los demandados que hubieren concluído y en defecto en relación a los demandados que no habían concluído. Ello así porque la disposición del antiguo art. 153 se consideraba excepcional: se aplicaba únicamente en caso de pluralidad de demandados comparecientes unos, incomparecientes otros; era ciertamente ajena al caso de que, entre varios demandados, unos concluían y otros no concluían.

Esta solución podía indudablemente conducir a una contradicción de sentencias, en el caso de que una de las partes juzgada en defecto por falta de concluír, interpusiera oposición y obtuviera en su provecho la reforma de la sentencia.

En atención a esa posibilidad algunos autores sostenían la tesis de que la disposición del antiguo art. 153 era aplicable también al defecto por falta de concluir, ya que su finalidad era precisamente evitar la contradicción de fallos. Sin embargo esa no era la única finalidad de la indicada disposición legal. Tanto como prevenir esa contradicción lo que el legislador trató de evitar al prescribir ese procedimiento fue la posibilidad de que el demandado incompareciente no hubiera recibido la citación que lo llamaba a comparecer a juicio. Esa posibilidad condujo al legislador a establecer dos disposiciones concordantes: la del antiguo art. 156 que mandaba que la sentencia en defecto contra un único demandado incompareciente fuera notificada por un alguacil comisionado; la del antiguo art. 153 sobre el procedimiento de la acumulación del defecto en beneficio de la causa.

No obstante las precauciones adoptadas por el legislador, a veces podían darse fallos contradictorios, en un mismo proceso. Asi ocurria por ej. cuando ninguno de los demandados había comparecido, o cuando ninguno había concluído y el demandante obtenía una sentencia en defecto contra todos (por falta de comparecer en el primer caso; por falta de concluír en el segundo caso). Si solamente algunos de los deman-

dados formaban oposición a la sentencia, ésta podía ser reformada en lo que les concernía, y había entonces contradicción entre la primera sentencia que seguía vigente contra los demandados que no formaban oposición y la segunda sentencia obtenida por los oponentes.

Las nuevas disposiciones de la L. 845 de 1978 están encaminadas, sin lugar a dudas, a evitar estas situaciones.

En caso de pluralidad de demandados, si alguno o algunos concluyen y otros no, la posibilidad de una contradicción de fallos no existe ya que no es posible el recurso de oposición contra las sentencias en defecto por falta de concluir; el art. 150 solo contempla la posibilidad de un recurso de oposición para el demandado incompareciente.

SECCION V

DEFECTO DEL DEMANDANTE

Cuándo ocurre. Como se ha explicado, el demandante no puede incurrir en el defecto por falta de comparecer, puesto que él ha ofrecido el proceso al demandado con el acto de apoderamiento (que es generalmente una citación). En cambio, el demandante puede, lo mismo que el demandado, incurrir en el defecto por falta de conclusiones. Esto sucede, en materia civil, cuando su abogado no se presenta a la audiencia, o cuando, presente en la audiencia, propone una excepción o promueve algún incidente, sin referirse al fondo. En materia comercial puede ocurrir igualmente este defecto, en todos los casos en que la parte no concluye sobre el fondo, sino sobre una excepción u otro incidente que no toca al fondo.

La ley no ha previsto una de las hipótesis anteriormente examinadas, la de que el demandante concurre a la audiencia por mediación de su abogado y presenta conclusiones sobre un incidente, pero no sobre el fondo. Se deberá aplicar pues, el derecho común, y tratar esta situación de igual manera que el defecto del demandado; la sentencia será contradictoria

sobre el incidente si el demandante concluye sobre el incidente y sobre el fondo, pero en defecto sobre el fondo, puesto que el demandante no ha concluído sobre ello. En cambio, la ley ha trazado normas especiales para el caso de que el demandante no concurra a la audiencia.

En los asuntos civiles el demandado puede hacer fijar la audiencia inmediatamente después que constituye abogado, y pedir el defecto contra el demandante cuyo abogado no concurra a la audiencia (art. 154).

En materia comercial, de acuerdo con el art. 434 mod. por la L. 845, el tribunal pronunciará el defecto y descargará al demandado de la demanda en caso de incomparecencia del demandante, por una sentencia que se reputará contradictoria.

Sentencia. Los arts. 154 (no modificado por la L. 845), y 434 disponen para las materias civiles y comerciales respectivamente, que el tribunal dictará en este caso una sentencia en defecto contra el demandante por la cual descarga al demandado de la demanda.

Ha sido siempre controvertida la cuestión de determinar si el demandado debía limitarse a pedir el descargo y cual sería en este caso el carácter de la sentencia de descargo.

De acuerdo con un primer sistema se sostenía que el demandado no podía pedir otra cosa que el descargo, y que no podía proponer contra la demanda ninguna excepción ni defensa. La sentencia debía limitarse a descargarlo o absorberlo de la demanda, sin que pudiera estatuir sobre esas excepciones o defensas. Esta opinión se apoyaba en la diferencia de las fórmulas empleadas por los arts. 150, 154 y 434 relativamente al defecto del demandado y al del demandante. Con respecto al primero, los arts. 150 y 434 mandaban que las conclusiones de la parte demandante fueran acogidas si eran justas y reposaban sobre una prueba admitida por la ley. El juez debía pues, en caso de defecto del demandado, estatuír sobre la demanda. [62] Por el contrario, cuando

(62) Estas disposiciones han sido mantenidas en la nueva legislación.

era el demandante quien incurría en el defecto, los arts. 154 y 434 se limitaban a prescribir el descargo del demandado. De aquí se concluía que, puesto que no juzgaba el proceso, la sentencia de descargo no tenía la autoridad de la cosa juzgada, ni era por consiguiente susceptible de oposición ni de apelación, y el demandante podía renovar su demanda. (Casación, 27 de marzo de 1952, B. J. 500, p. 508). Se agregaba, en corroboración de esta tesis, que el demandante, al no concurrir a la audiencia había desistido implícitamente de su demanda, y que en consecuencia, la instancia concluía con la sentencia de descargo, que se limitaba a dar constancia del defecto. Algunos autores sin embargo, aun manteniendo que la sentencia tenía un carácter de simple descargo, permitían al demandante atacarla por oposición, puesto que le causaba perjuicio, en razón de que, al hacer caer la instancia, conjuntamente con la demanda, impedía que se produjeran los efectos de ésta, especialmente la interrupción del curso de la prescripción.

En un segundo sistema que interpretaba más libremente las disposiciones de los citados artículos 154 y 434 se admitía por el contrario, que el demandado tenía derecho no tan sólo a pedir su descargo, sino también a presentar conclusiones contra la demanda, en la forma y en el fondo; que podía proponer una excepción, o promover cualquier otro incidente de procedimiento, o concluir al rechazamiento de la demanda invocando medios relativos al fondo; que por consiguiente, la sentencia que se pronunciaba tenía la autoridad de la cosa juzgada y era susceptible de oposición y de apelación, conforme los principios generales que rigen estas vías de recurso. Esta sentencia, por otra parte, no podía ser dictada sino previo examen de las conclusiones del demandado, las que no podían ser acogidas sino cuando estaban justificadas en hecho y en derecho (Casación: 16 de septiembre de 1952, B. J. 506, p. 1664).

A partir de las modificaciones introducidas por la L. 845 de 1978, el demandado frente al defecto del demandante puede ciertamente pedir el descargo puro y simple de la demanda, pero puede asimismo concluír contra la demanda, tanto en cuanto al fondo como en cuanto a la forma. (63)

(63) Esta solución es la que adopta la Suprema C. de Justicia en su sentencia de fecha 6 de diciembre de 1982, citada supra (B. J. 865, p. 2412) cuando expresa que "en caso de defecto del demandante el juez no está obligado a pronunciar el descargo puro y simple de la demanda, más que si así lo pide el demandado; pero si éste guarda silencio al respecto y concluye al fondo, como ocurrió en la especie, el juez está obligado a estatuír sobre el fondo".

En el primer caso, el demandante podrá renovar su demanda, pero no puede interponer recurso de oposición ni de apelación. En el segundo caso, el demandante podrá interponer recurso de apelación pero no de oposición, en virtud de los términos del art. 150 en su actual redacción.

CAPITULO II
TRIBUNALES DE EXCEPCION

SECCION I
JUZGADO DE PAZ

Clases de defecto. La situación de las partes ante el j. de paz, en lo que se refiere al procedimiento en defecto, no difiere sensiblemente de la que ocupaban en la materia comercial ante el j. de primera instancia.

El antiguo art. 19 se limitaba a declarar, análogamente a como lo hacía el art. 434, que cuando una de las partes no comparecía el día fijado por la citación, se juzgaría la causa en defecto. Podría haber pues, defecto por falta de comparecencia, cuando el demandado no concurría a la audiencia, y defecto por falta de conclusiones, cuando el demandante no asistía, o cuando él o el demandado, presentes en la audiencia, no concluían sobre el fondo sino sobre un incidente. (64)

Algunos autores (65) y la jurisprudencia (Casación, 15 de agosto de 1934, B. J. 289, p. 7), sin embargo han opinado que en razón de la simplicidad y de la celeridad de este

V. también en este sentido Casación: 19 de octubre, 1983, B. J. 875, p. 3298; 18 de marzo, 1984, B. J. 880, p. 651; 2 de marzo, 1984, B. J. 880, p. 551; 8 de junio de 1984, B. J. 884, p. 1417.

Respecto del carácter de la sentencia que pronuncia el descargo puro y simple, v. Casación, 18 de marzo, 1984, citada. Sobre la omisión de designar un alguacil comisionado, v. Casación, 19 de octubre, 1983, citada.

(64) Glasson, *Précis*, 2a. ed., I, 622, Morel, *Traité*, 582.

(65) Glasson y Tissier, *Traité*, III, 839.

procedimiento, ante el j. de paz tiene que ser juzgada contradictoriamente la parte que comparece, aunque no concluya sobre el fondo, y que, por consiguiente, no se puede incurrir en el defecto por falta de concluír sino solamente en el defecto por falta de comparecer.

Los arts. 19 y 20 mod. por la L. 845 establecen un sistema similar al consagrado por la nueva legislación en los arts. 150 y 151. Si el demandado no comparece el día de la citación, se fallará el fondo por sentencia reputada contradictoria, cuando la decisión es susceptible de apelación o cuando el demandado es citado personalmente o en la persona de su representante legal. En cambio, será admisible la oposición cuando se trate de sentencia en única instancia (la ley habla impropiamente de último recurso), dictada en defecto, si el demandado no ha sido citado a persona o justifica que se ha encontrado en la imposibilidad de comparecer o de hacerse representar.

Pluralidad de demandados. En caso de que unos demandados comparezcan y otros no, el j. de paz no estaba obligado a seguir el procedimiento indicado por el art. 153 en su antigua redacción; pero tenía la facultad, si lo creía útil para la instrucción de la causa, de ordenar nueva citación de los incomparecientes, a fin de conocer del asunto en otra audiencia, respecto de todos los demandados.

Aunque los nuevos arts. 19 y 20 no se refieren al caso de pluralidad de demandados, es obvio que serán aplicadas las disposiciones del art. 151 según su redacción actual.

Decisión. En su sentencia en defecto, el juez adjudica el beneficio de sus conclusiones, conforme al derecho común (art. 150 mod. por la L. 845), a la parte que comparece, siempre que sean legalmente comprobadas; de lo contrario, la demanda debe ser rechazada.

El Estado. El j. de paz no puede, en la primera audiencia, conocer en defecto de un asunto en el que e Estado es parte. De acuerdo con el art. 10 de la L. 1486 de 1938, debe suspender la vista de la causa, fijar nueva audiencia y hacer citar para ella al Procurador Fiscal; es solamente en la segun-

da audiencia cuando puede pronunciar el defecto contra el Estado.

SECCION II

TRIBUNAL DE CONFISCACIONES

Decisión. La incomparecencia de una de las partes da lugar a una sentencia en defecto que podrá ser recurrida en oposición, según dispone el art. 22 de la L. 5924 de 1962.

Es indudable que el recurso de oposición en el Tribunal de Confiscaciones sufre las mismas restricciones impuestas por los arts. 149 y sig. modificados por la L. 845, ya que constituyen el derecho común. El tribunal acogerá las conclusiones del compareciente si son justas y reposan en prueba legal, en caso contrario serán rechazadas.

SECCION III

TRIBUNAL DE TIERRAS

Incomparecencia. El art. 69 de la L. de R. de T. dispone a este respecto lo que sigue: "El Tribunal podrá proceder a la vista de la causa aun en ausencia de toda persona cuyo nombre figure en los avisos publicados o a quien se aluda en dichos avisos por medio de las palabras "a todos a quienes pueda interesar", que no comparezca y no presente su reclamación durante el tiempo especificado; y puede proceder a la vista de la causa, y fallar estando dichas personas ausentes".

Decisión. La incomparecencia de un interesado no influye en el carácter del fallo, el que tiene siempre, de acuerdo con lo que dispone el art. 86 de la misma ley, un carácter contradictorio, no sólo contra la parte citada que no compareció, sino también respecto de todo el mundo.

TITULO X

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES ANTE LOS TRIBUNALES DEL PRIMER GRADO

CAPITULO I
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

SECCION I – DIVORCIO

§ – DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA

Citación.– Debe contener, de acuerdo con el art. 4 de la L. 1306 bis de 1937, sobre divorcio, además de las enunciaciones prescritas en el art. 61 del C. de Pr. Civil: 1o., la fecha de la comparecencia en juicio; 2o., copia de los documentos en que se apoya la demanda, 3o., lista de los testigos que el demandante se propone hacer oír, 4o., enunciación del pedimento que hará el demandante respecto de la guarda de los hijos, o mención del convenio intervenido entre las partes a ese respecto. Cuando la demanda se funde en una condenación criminal impuesta al demandado, los requisitos 2o. y 3o. se suplen, según el art. 13 de la mencionada ley, con la presentación de una copia auténtica de la sentencia de condenación, y de un certificado expedido por el secretario del tribunal que la dictó, en que afirme que esa sentencia no es susceptible de ser reformada mediante ninguna vía de recurso.

Procedimiento. De acuerdo con los art. 6, 7 y 8 de la citada ley, las partes asisten a la audiencia, que se celebra a puertas cerradas, personalmente, o por apoderados con poder auténtico, asistidas de sus abogados. El secretario levanta acta de la comparecencia de las partes, de sus decires y observaciones, y de las declaraciones de los testigos.

Después de iniciado el procedimiento, el art. 22 de la ley autoriza a la mujer a dejar la residencia del marido y a solicitar una pensión alimenticia; también puede solicitar una provisión ad litem, esto es, destinada a sufragar los gastos del proceso. El juez decide provisionalmente acerca de estas

cuestiones (v. Casación, 2 de diciembre de 1952, B. J. 509, p. 2218).

Según lo prescriben los arts. 8 y s. de la ley, el procedimiento se concentra en la audiencia para la cual fue citado el cónyuge demandado, y en ella las partes, además de prestar sus declaraciones, administran las pruebas incluso la testimonial. Pero el juez puede, si no ha formado su convicción con las pruebas practicadas en la audiencia, de acuerdo con el art. 11, ordenar una información testimonial (Casación, febrero 1966, B. J. 663, p. 200).

Cuando el asunto queda en estado, el expediente es pasado al ministerio público para que dictamine.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho común, en que solamente se incurre en nulidad por inobservancia de las formalidades sustanciales o de las prescritas a pena de nulidad, en el procedimiento del divorcio, el art. 41 de la ley sanciona con la nulidad la inobservancia de todas las reglas de forma indistintamente (66).

(66) Es útil plantearse las consecuencias de la disposición del art. 41 de la L. 1306 bis sobre Divorcio, frente a las disposiciones de los arts. 35 y 39 de la L. 834 de 1978 relativas a las nulidades de forma de los actos de procedimiento. Siendo esta última de carácter imperativo por constituír una ley de procedimiento encaminada a una mejor administración de la justicia (v. H. Solus y R. Perrot, *Broit judiciaire privé*, tomo I, pág. 24 y s.) podría pensarse que la aludida disposición del art. 41 fue derogada por la L. 834. Sin embargo, si se considera que la L. 1306 bis es una ley especial no ha podido ser derogada por la L. 834 que, aún siendo posterior, es de carácter general. Es una opinión constante que ambas leyes pueden coexistir (v. Beaudry Lacantinerie, *Traité theorique et pratique de droit civile*, Tomo I, pág. 98; No. Coviello, *Doctrina general del derecho civil*, pág. 104), a menos que la ley general posterior, haya expresado lo contrario. Nuestra doctrina no es unánime en cuanto al carácter de la citada L. No. 1306 bis. La opinión contraria ha sido expuesta por el Dr. Jottin Cuty en un trabajo leído en el Colegio de Abogados de Santiago el día 4 de septiembre de 1986, titulado *Divorcio, separación de cuerpos y concordato en la República Dominicana*, a propósito de la aplicación del art. 443 del C. de Pr. Civil mod. por la L. 845 de 1978 que reduce a un mes el plazo para interponer el recurso de apelación en materia civil y comercial. De acuerdo con la opinión del citado jurista, la ley 1306 bis es de carácter general porque es susceptible de aplicarse a cuantas parejas unidas por el vínculo del matrimonio se encuentren en las condiciones que esta ley contempla. En sentido contrario puede citarse la tesis expuesta por el Dr. Víctor J. Castellanos Pizano, publicada en el Listín Diario, días 11 y 13 de octubre de 1986, titulada *Divorcio y plazo de apelación*, en la que sostiene que la citada ley de divorcio es de carácter especial no habiendo sido derogada por la disposición, modificada, del art. 443 citado.

Sentencia. Se pronuncia públicamente, conforme al derecho común (confirmado por el art. 12 de la L. 1306 bis de 1937). De acuerdo con el art. 15 de la ley, la sentencia se considera contradictoria, aunque no haya comparecido la parte demandada, y, por consiguiente, no es susceptible de oposición [67].

Pronunciación; transcripción; publicación. De acuerdo con lo que disponen los arts. 17 y s. y 42 de la L. 1306 bis de 1937 y 64 y s. de la L. 659 de 1944, después que la sentencia que admite el divorcio haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, se deberá proceder: 1o., a la pronunciacion del divorcio por el oficial del estado civil competente, previo llamamiento hecho por la parte más diligente a su contraparte mediante acto de alguacil; 2o. a la transcripcion de la sentencia en los registros del estado civil; 3o., a la publicación de su dispositivo en un periódico de la localidad, dentro de los ocho dias de la pronunciación.

§ –DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO

Preliminares. De acuerdo con el art. 28 de la L. 1306 bis de 1937, antes de iniciar este procedimiento los esposos deben formar un inventario de sus bienes y otorgar acto auténtico en el cual convengan: 1o., cuál de ellos tendrá la guarda de los hijos durante el procedimiento y después de la sentencia; 2o., la residencia de la esposa durante los procedimientos, 3o., la pensión alimenticia de que deberá disfrutar la esposa durante ese procedimiento.

Acta. Los esposos deberán entonces, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 28 y 29 de la misma ley, provistos de los documentos arriba expresados, de su acta de matrimonio y de las actas de nacimiento de ellos y de sus hijos, comparecer ante el juez personalmente, o por apoderados con poder auténtico, a fin de que se levante acta en la cual conste su propósito de divorciarse por mutuo consentimiento.

Citación y comparecencia. El juez comprueba que el divorcio es admisible porque los esposos se encuentran dentro de las condiciones exigidas por el art. 27 de la ley o sea dos por lo menos y no más de treinta años de matrimonio, edad inferior a sesenta años del esposo y a cincuenta de la esposa, de acuerdo con el art. 30 autorizará la demanda, "fijando un término de no menos de treinta ni más de sesenta días para que los esposos comparezcan en juicio". Cualquiera de los esposos puede entonces citar al otro para comparecer en la fecha indicada. Se admite que ellos pueden presentarse sin citación ante el juez.

Sentencia. Según el mismo texto, debera ajustarse en todo a las estipulaciones consentidas por las partes, "las cuales sólo podran sufrir las variaciones que los mismos esposos quieran introducir el día de la vista de la causa, por mutuo acuerdo anterior". La sentencia es inapelable, dispone el art. 32.

Pronunciación; transcripción, publicación. De acuerdo con los textos antes citados, estas formalidades se realizan también en este divorcio.

Naturaleza de este procedimiento. Como resulta de lo expuesto, el divorcio por consentimiento mutuo no reúne los caracteres de un proceso. Las partes convienen en deshacer el vínculo matrimonial, y someten su decisión al juez para que la apruebe. Este acto no es una verdadera demanda, puesto que no hay litigio entre los esposos; la decisión del juez, que la ley declara inapelable, parece más bien una homologación de carácter administrativo que una verdadera sentencia.

Si se admite que esa decisión no tiene caracter jurisdiccional sino de administración judicial, es preciso reconocer que las partes pueden atacarla por acción principal en nulidad, en caso de que el juez haya incurrido en error o en violación de la ley. Si, por el contrario, se admitiera que ella es de carácter contencioso, se debería decidir que puede ser im-

(67) La S. C. de Justicia ha considerado que la disposición del art. 15 de la L. de Divorcio se aplica únicamente ante los jueces del primer grado. Por consiguiente, la supresión del recurso de oposición no existe en grado de apelación: la parte que hace defecto puede recurrir en oposición (Casación, 23 de diciembre de 1954, B. J. 533, p. 2622). Conviene no obstante observar, respecto del recurso de oposición, las limitaciones establecidas en los arts. 150 y 151 mod. por la L. 845 de 1978.

pugnada mediante un recurso de casación como toda sentencia en única instancia (art. 1o. de la L. 3726 de 1953).

SECCION II–SEPARACION PERSONAL (68)

Cuándo es posible. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1o. de la L. 3937 de 1954, únicamente podrán formar demanda en separación personal "los casados conforme a las normas del Derecho Canónico", que hubieren celebrado su matrimonio con posterioridad al 6 de agosto de 1954, "fecha de la entrada en vigor del Concordato y su Protocolo Final, suscritos entre la Santa Sede y la República Dominicana".

Procedimiento. De acuerdo con el art. 3 de la citada ley, se observará el mismo procedimiento que el establecido en la L. 1306 bis sobre divorcio, de 1937, para los divorcios por causa determinada (v. supra, seccion I); "sin embargo, las partes, si así lo desean, pueden acogerse a los trámites establecidos para el divorcio por mutuo consentimiento (supra, sección I).

Sentencia. De acuerdo con el art. 5 de la L. 3937, "la sentencia que pronuncia la separación personal, o una sentencia posterior, puede prohibir a la mujer llevar el apellido de su

(68) **La separación personal prevista en los arts. 875 a 881 del C. de Pr. Civil, en diversas disposiciones del C. Civil (v. arts. 344, 346, 347, 351, 1441, 1449, 1451, 1452, 1463), y en algunas leyes (v. por ej. la L. 855 de 1978, art. 373–2) desapareció a partir de la puesta en vigor de la L. 834 de 1935 sobre divorcio, puesto que no incluyó la separación personal en su articulado, como sí lo hicieron las leyes anteriores sobre divorcio de 1897 y 1899, que a su vez derogaron los antiguos arts. 229 a 233, 306 a 309 y 311 del C. Civil. La L. 3932 de 1954 que modifica la actual ley de divorcio No. 1306 bis introduce la separación personal para los cónyuges que han contraído matrimonio canónico porque éstos han renunciado a la facultad de pedir el divorcio. Sin embargo, la Suprema C. de Justicia en diversas sentencias (v. al respecto, Casación, abril, 1977, B. J. 797, p. 609; abril, 1978, B. J. 809, p. 879), considera que la modificación introducida por la citada L. 3932 que establece una presunción de renuncia de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio por el hecho de contraer matrimonio canónico, es incompatible con los derechos inherentes a la persona humana, reconocidos por nuestra Constitución. Esta jurisprudencia ha sido criticada por el Dr. Jottin Cury (v. el trabajo indicado supra Sección I, *Procedimiento*, nota), en el que cuestiona la tésis de la Suprema C. de Justicia frente a un compromiso contraído por nuestro País mediante un tratado internacional, aún no existiendo en nuestra Constitución una disposición semejante a la adoptada por casi todas las constituciones extranjeras, entre ellas la francesa y la norteamericana, en la que se determine la autoridad de un tratado internacional frente a las leyes.**

marido, o autorizarla a no llevarlo"; "tiene igualmente por efecto el de devolver a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes".

Sin embargo, los cónyuges tendrán la facultad de anular los efectos de esta decisión, ya sea por "la expresa condonación de parte del cónyuge inocente, o por la reconciliación de los esposos". Al efecto, los cónyuges "dirigirán una instancia al Juez o Tribunal que haya admitido la separación personal", pudiendo el Tribunal anular la sentencia intervenida y ordenar "la publicación de un extractô del referido auto en uno de los periódicos de la localidad", pudiendo, si así lo juzgare conveniente, dispensar a los cónyuges de esta formalidad. De dicho auto se remitirá copia al Oficial del Estado Civil correspondiente, "para fines de anotación al margen del acto de pronunciamiento de la separación personal de los cónyuges".

SECCION III–INTERDICCION; CONSULTOR JUDICIAL

Instancia previa. De acuerdo con lo que prescriben los arts. 493 del C. Civil y 890 del C. de Pr. Civil este procedimiento se inicia con una exposición dirigida al j. de primera instancia acompañada de los documentos justificativos, en la que son articulados los hechos que justifiquen el pronunciamiento de la interdicción o el nombramiento de un consultor judicial.

Dictamen fiscal. El art. 891 manda que la instancia y los documentos sean comunicados al ministerio público para que dictamine en cámara de consejo y que nombre juez relator.

Primera sentencia. Si la demanda parece procedente y justificada, el tribunal debe, de acuerdo con lo que disponen los arts. 494 del C. Civil y 892 del C. de Pr. Civil, dictar una sentencia preparatoria por la cual ordena que un consejo de familia emita su opinion. Si, por el contrario, la demanda es improcedente o nó está justificada, el tribunal puede rechazarla inmediatamente, sin necesidad de consultar un consejo de familia (Casación, 11 de diciembre de 1931, B. J. 255-257, p. 107).

Solicitud de interrogatorio. Luego de haber emitido su opinión el consejo de familia, el tribunal ordena, a pedimento del demandante, el interrogatorio del demandado según lo dispone el art. 496 del C. Civil.

Citación. El art. 893 manda citar al demandado para comparecer a ese interrogatorio. Con la citación se debe dar copias de la instancia preliminar, de la opinion del consejo de familia y de la sentencia que ordena el interrogatorio.

Interrogatorio. Tiene lugar en cámara de consejo, dispone el art. 496 del C. Civil. Si el primer interrogatorio es infructuoso, el juez puede ordenar otro.

Administrador provisional. Después del interrogatorio, el tribunal puede, conforme al art. 497 del C. Civil, si el caso lo requiere, nombrar en camara de consejo un administrador provisional que cuide de la persona y los bienes de la parte demandada.

Otras medidas. Si los documentos presentados por el demandante y el interrogatorio no bastasen para formar la conviccion del juez, se puede ordenar, de acuerdo con el art. 893, una información testimonial en la forma ordinaria. Esta medida puede practicarse, si las circunstancias lo exigen, sin la presencia del demandado, a quien puede representar su abogado.

Conforme a los principios generales, el juez puede ordenar también un peritaje médico acerca del estado mental de aquel cuya interdicción es solicitada.

Sentencia. Resulta del Art. 499 del C. Civil que el tribunal puede, o acoger la demanda de interdicción o el nombramiento de consultor judicial, o, si se ha pedido la interdicción únicamente, desestimar simplemente la demanda, o desestimarla y limitarse a nombrar un consultor judicial.

Publicidad. Los arts. 501 del C. Civil y 897 del C. de Pr. Civil prescriben que la sentencia que pronuncia la interdicción y la que nombra consultor judicial deberán ser fijadas mediante carteles en la sala de audiencias del juzgado de p. i. y en las notarías del distrito judicial correspondiente.

SECCION IV–ACCIDENTES DEL TRABAJO

Legislación. Lás normas relativas a la compensacion a que tiene derecho el obrero lesionado, o sus causahabientes, a causa de un accidente del trabajo, están consignadas en la L. 385 de 1932 sobre accidentes del trabajo. El D. 557 de 1932 reglamenta la aplicación de la ley.

El procedimiento instituído por esta ley contiene dos clases de reglas: unas constituyen formalidades previas al proceso, que son la denuncia del accidente y el informativo; otras se refieren al proceso mismo.

Competencia. En esta materia, como se ha expuesto, el j. de paz es competente para conocer en instancia única de las contestaciones relativas a indemnizaciones temporales y a gastos funerarios, dispone el art. 11 de la L. 385 de 1932. En los otros casos, es competente el j. de p. i.

Denuncia del accidente. El art. 8 de la L. 385 de 1932 prescribe que el patrono o su representante debe comunicar al juzgado de paz dentro de las 48 horas, excluyendo los días feriados, todo accidente que ocasione incapacidad de trabajo. El aviso contendrá los nombres de la víctima y de los testigos, y enunciara la época en que, a juicio del denunciante, sera posible conocer el resultado del accidente. El j. de paz levantará acta de haber recibido la denuncia del accidente, dará aviso de ello al participante, y pondrá el caso en conocimiento del asegurador.

El incumplimiento de esta disposición está sancionado con una multa de 100 pesos.

Información testimonial. De acuerdo con lo que prescriben los arts. 9 y 10 de la citada ley, cuando resulta del expediente que la lesión deba entrañar la muerte o una incapacidad permanente de trabajo, absoluta o parcial, el j. de paz tiene que practicar una información testimonial, dentro de las 48 horas de recibir el aviso del accidente. Esta información, que deberá ajustarse a lo que disponen los arts. 35 y s. del C. de Pr. Civil [69] tiene por objeto determinar: 1o., las causas, naturaleza y circunstancias del accidente; 2o., las

(69) **Actualmente derogados.**

personas que hayan resultado víctimas del accidente; 3o., la naturaleza de las lesiones; 4o., los causahabientes que podrían tener derecho al cobro de una indemnización; 5o. el salario de la víctima en el momento del accidente; 6o., quién es el asegurador.

Si la víctima del accidente no puede concurrir a esta medida, el juez de paz se transportará para oírla, al lugar en que se encuentre.

La información debe quedar terminada en el plazo más breve, y a más tardar dentro de los diez días a partir del accidente, a menos de imposibilidad material, debidamente comprobada en el acta. La clausura de la información deberá ser avisada a las partes, por oficio del j. de paz. En los cinco días siguientes las partes pueden solicitar copia del acta de la información. Pasado ese plazo, el j. de paz trasmite el expediente al j. de p. i.

Incompetencia del j. de paz. El j. de paz es desde un principio incompetente para conocer de la demanda cuando el accidente pueda acarrear la muerte del lesionado o una incapacidad de trabajo. Su incompetencia puede sobrevenir en el curso del procedimiento puesto a su cargo, cuando se haya agotado el plazo máximo de 30 semanas, o se haya cubierto la totalidad de la suma de 800 pesos fijados como compensación por incapacidad temporal en el art. 2 de la ley.

En el primer caso, él debe, como se ha visto, enviar el expediente al j. de p. i. En el segundo caso, él debe, de acuerdo con el art. 11 de la ley, dictar una decisión declarando su incompetencia, de la cual enviará copia al j. de p. i. Al mismo tiempo que declara su incompetencia, el j. de paz ordenará la continuación del suministro provisional de la mitad de la suma semanal que había establecido para la compensación.

Tentativa de conciliación. En los cinco días de recibido el expediente, el j. de p. i. debe hacer citar a fines de conciliación, dispone el art. 11 de la L. 385 de 1932. Si las partes no se concilian, el juez levanta acta de la no conciliación, y manda que la parte más diligente se provea ante el tribunal.

Procedimiento, sentencia. El art. 11 de la ley manda que el procedimiento se desenvuelva y la sentencia sea dicta-

da conforme a las reglas prescritas para las materias sumaria (70).

Prescripción. Esta acción prescribe por un año a partir de la clausura de la informacion testimonial o de la cesación del pago de la indemnización temporal, determina el art. 14 de la L. 385 de 1932.

SECCION V-RECONOCIMIENTO DE ESCRITURA

Objeto. El acto bajo firma privada no produce entre las partes, sus herederos y causahabientes, el mismo efecto que el acto auténtico, sino bajo la condición de que sea reconocido por aquél a quien se le opone, o de habérsele tenido por legalmente reconocido (art. 1322 del C. Civil). Por consiguiente, cuando un escrito bajo firma privada no es admitido como sincero por la persona a quien se le opone, la parte que desea hacerlo valer tiene que demandar en reconocimiento de escritura a fin de obtener que establezca la sinceridad de ese escrito.

Actos a que se aplica. Este procedimiento supone que se trata de un acto u otro documento bajo firma privada. El acto auténtico, por su propia naturaleza, es fehaciente: el que lo invoca no tiene que probar su sinceridad. Es el que la niega quien debe destruírla, recurriendo al procedimiento de la inscripción en falsedad (arts. 1319 del C. Civil, 214 y s. del C. de Pr. Civil).

Pero, aún tratándose de acto u otro documento bajo firma privada, hay que distinguir. Este procedimiento tiende a establecer que una cierta escritura emana de la parte a quien se le opone. Por consiguiente, hay que emplearlo cada vez que se trate de establecer la sinceridad de un acto cualquiera, por ej. del *bueno por o aprobado por*, exigido en los reconocimientos unilaterales de sumas de dinero o de cosas fungibles (art. 1326 del C. Civil), de una firma. Pero no se debe recurrir a este procedimiento si la dificultad recae sobre el nú-

(70) **En el estado actual de nuestra legislación, no cabe la denominación de procedimiento sumario, si se tiene en cuenta que ésta servía para distinguirlo del procedimiento ordinario, derogado por la L. 845 de 1978.**

mero de originales en que deben redactarse los actos bajo firma privada que contienen convenciones plurilaterales (art. 1325 del C. Civil), o sobre las menciones contenidas en los libros de los comerciantes. En estos casos la carga de la prueba incumbe a quien contesta la sinceridad del escrito, y puede hacerla de un modo cualquiera, aun por testigos.

El testamento ológrafo puede ser objeto de un reconocimiento de escritura, puesto que es un acto bajo firma privada. Se ha sostenido que en este caso la carga de la prueba incumbe no al legatario universal que ha obtenido el envío en posesión sino al heredero que niega la escritura atribuída al difunto. Esta opinión, que descarta el derecho común de las pruebas, aunque adoptada por la mayoria de la jurisprudencia, carece de fundamento. Es preferible decidir que la carga de la prueba debería incumbir al legatario, que es quien invoca el acto bajo firma privada.

Forma. La demanda tendiente a obtener el reconocimiento de una escritura puede ser intentada de modo principal. Es entonces el ejercicio de una acción en mera declaración de derecho, admisible aun cuando no hay contestación alguna de parte del demandado; tiene, pues, un carácter preventivo (supra, libro IV, Tit. I, Cap. II). Si el demandado niega o desconoce la escritura, esta demanda se transforma en una demanda en verificación de escritura.

Bajo esta última forma la demanda puede ser: *principal*, si el demandado ha negado o desconocido la escritura que es objeto de la demanda en reconocimiento; *incidental*, si en el curso de un proceso una de las partes hace valer contra la otra un escrito bajo firma privada, y aquella a quien se le opone lo niega o lo desconoce. Esta demanda en verificación es implícitamente incoada con el hecho de oponer el escrito bajo firma privada.

Ventajas de esta demanda. La acción en reconocimiento y, subsidiariamente, en verificación de escritura, en forma de demanda principal, tiene las siguientes ventajas:

1a. Este procedimiento es rápido y sencillo, aunque puede complicarse en caso de que el escrito es negado o desconocido, en razón de las dificultades de la prueba, pero esto no es debido a su carácter propio, sino a las reglas de la prueba.

2a. El acto reconocido o verificado en justicia merece, entre las partes y sus herederos y causahabientes, la misma fe que el acto auténtico.

3a. El acreedor a término cuyo título es un acto bajo firma privada, que no puede accionar en cobro de su crédito, puede sin embargo demandar en reconocimiento y verificación de escritura, con lo cual evita que más tarde su título sea negado o desconocido en el proceso que intente para cobrar.

4a. Con el ejercicio de esta acción el demandante obtiene una sentencia que produce hipoteca judicial (art. 2123 del C. Civil).

Procedimiento. La demanda se intenta por citación diligenciada en la forma de los demás asuntos civiles. El plazo de la comparecencia es de tres dias, conforme al art. 193. El abogado de la parte demandada puede constituírse en la misma audiencia, en razón de lo breve del plazo de la comparecencia.

Defecto del demandado. De acuerdo con el derecho común (art. 150 mod. por la L. 845 de 1978), cuando el demandado incurre en el defecto no le es adjudicado al demandante el beneficio de sus conclusiones sino cuando son justas y reposen en prueba legal. En esta materia, por el contrario, de acuerdo con la disposición excepcional, del art. 194, cuando el demandado no comparece "el documento se tendrá por reconocido".

En el caso de pluralidad de demandados, algunos de los cuales comparecen y otros no, hay que distinguir según se trata de varios demandados que han firmado el documento objeto de la demanda o de los herederos de la persona a quien se atribuye el documento.

El antiguo art. 153 no era aplicable a la primera hipótesis puesto que en ese caso había tantas demandas como demandados. Pero si algunos de los herederos no comparecían el juez debía acumular el defecto en virtud del art. 153, sea que los comparecientes reconocieran, sea que desconocieran el escrito opuesto por el demandante.

Actualmente en esta última hipótesis, en virtud de las disposiciones del art. 151 mod. por la L. 845, que ha hecho desaparecer la acumulación del defecto en caso de pluralidad de demandados, se procederá de acuerdo con las disposiciones previstas en la aludida disposición legal (v. el Título X, Capítulo I, Seccion III).

Reconocimiento. Si el demandado reconoce el escrito que se le opone, el tribunal, de acuerdo con el art. 193, dicta sentencia que da acta al demandante de ese reconocimiento, y pone a su cargo las costas del proceso. En realidad, el demandado ha sucumbido, y las costas deberían correr a su cargo (art. 130); pero como el procedimiento ha sido incoado en interés exclusivo del demandante, es justo que él soporte las costas.

Negación; desconocimiento. Cuando el demandado niegue el escrito que se le opone personalmente, o cuando declara desconocer el escrito de su autor, el tribunal puede, conforme a lo que dispone el art. 195, ordenar que se proceda a la verificación. Pero el juez puede rechazar la demanda, si le parece desde el primer momento frustránea o evidentemente infundada; o puede, por el contrario, proceder por sí mismo a verificarlo, sin necesidad de procedimiento alguno, y a dictar luego sentencia que admita la sinceridad del documento (Casación, 30 de septiembre de 1932, B. J. 266, p. 17; 28 de noviembre de 1947, B. J. 448, p. 780; marzo, 1960, B. J. 596, p. 593.

Medios de Prueba. Si no tiene formada su conviccion en el uno o en el otro sentido (v. casación, 28 de noviembre de 1947, B. J. 448, p. 780) el juez debe ordenar, por sentencia interlocutoria, que se proceda a la verificación del documento. Esto puede hacerse por títulos, por peritos, o por testigos, (infra, título XIII). Puede prescribir uno o dos de estos medios de prueba, o los tres a la vez; puede también, después de haberse practicado infructuosamente el medio de prueba ordenado, prescribir por una segunda sentencia, que se administre la prueba por otro medio.

Sentencia. La sentencia sobre el fondo decide si el documento es o no es sincero. En el primer caso, el documento

pasa a constituir un medio legal de prueba. La sentencia así obtenida produce hipoteca judicial (art. 2123 del C. Civil). En el segundo caso, el documento queda excluído como medio de prueba.

SECCION VI–QUIEBRA

Apoderamiento. [71] El j. de p. i. puede ser apoderado de un procedimiento de quiebra de tres maneras: por solicitud del quebrado; por demanda de uno de los acreedores; por iniciativa del tribunal.

Declaración. El art. 440 del C. de Comercio dispone que la quiebra puede ser pronunciada "en vista de la declaración del mismo quebrado", quien al efecto deberá, según lo disponen los arts. 438 y 439 del mismo Código, en los tres días de la cesación de los pagos, depositar en la secretaría del tribunal un balance de sus negocios y declarar que se encuentra en estado de quiebra.

Iniciativa de un acreedor. La parte demandante puede optar, de acuerdo con lo que disponen los arts. 437 y 440 del C. de Comercio, entre dos formas de proceder: *el pedimento o instancia y la citación.*

La instancia dirigida al tribunal, tiene la ventaja de permitir al acreedor demandante obtener instantáneamente una sentencia, sin debate con el quebrado. Esta forma de proceder es frecuentemente un medio empleado por un insolvente, o por un acreedor solvente actuando a través de un testaferro insolvente a quien ha cedido aparentemente un crédito, para sorprender al deudor, y, a veces, al mismo tribunal, obteniendo una sentencia de quiebra que no obtendría frente a un demandado que pudiera defenderse. Para evitar esta maniobra el juez puede, si lo cree oportuno, antes de pronunciar sentencia, recoger los informes necesarios, y disponer que

(71) **De acuerdo con la L. 4582 de 1956, "no se admitirá demanda judicial alguna tendiente a obtener la declaratoria de quiebra de un comerciante, sino después que se hayan agotado infructuosamente los procedimientos de tentativa de acuerdo amigable", previstos por la indicada ley. Sobre la interpretación del art. 2 de esta ley, v. Casación, junio, 1961, B. J. 599, p. 1276.**

el demandado sea puesto en mora de presentar sus observaciones [72]

La citación es un modo de proceder más correcto y recomendable, porque da oportunidad al demandado para que se defienda, respetandose así el principio de la contradicción del proceso.

Iniciativa del tribunal. La quiebra puede ser pronunciada *de oficio* por el tribunal, según lo autoriza también el Art. 440 del C. de Comercio. Ello así, aún existiendo una demanda irregular (v. Casación, 16 de junio de 1953, B. J. 515, p. 1003). Esto es una excepción a los principios generales del proceso en materia civil y comercial en que el juez no tiene iniciativa. Se explica esta disposición particular por las circunstancias de que, frecuentemente, un deudor, cuyos acreedores se hallen alejados de la localidad, se fuga dejando abandonado su establecimiento, o de que pueda haber acreedores alejados del domicilio del quebrado, que ignoren el estado de sus negocios, quienes vendrían demasiado tarde a pedir la quiebra, en un momento en que ya el deudor hubiese empleado su activo en desinteresar a sus acreedores más próximos. En todo caso, el tribunal debe usar con gran prudencia de esta facultad, a fin de no pronunciar una quiebra que nadie tiene interés en hacer declarar.

Procedimiento. Cuando es el tribunal quien pronuncia la quiebra de oficio, no hay naturalmente procedimiento alguno. En cambio, en los otros dos modos de apoderamiento existe necesariamente un procedimiento anterior a la sentencia. En caso de petición de quiebra por instancia, es en cámara de consejo como el tribunal examina la demanda. Cuando el proceso ha sido incoado por citación, rigen las reglas generales del procedimiento comercial.

Sentencia. Contiene las siguientes disposiciones, según lo prescriben los arts. 455, 456 y 462: *comprueba* el estado de cesación de pagos, y *pronuncia* la quiebra; nombra uno o varios síndicos provisionales, y designa juez comisario al juez de instrucción; fija la fecha de cesación de los pagos; ordena

(72) Dalloz, Repertóire Pratique, *Faillite*..., 60.

la fijación de los sellos sobre los bienes del quebrado, y su arresto, si fuere procedente.

Publicidad. El art. 442 del C. de Comercio dispone que un extracto de la sentencia que pronuncia la quiebra "se fijará e insertará en los periódicos, no solamente del lugar de donde se haya declarado la quiebra sino en todos los lugares en donde el quebrado tuviese establecimientos comerciales", en la misma forma que establece el art. 42 de dicho Código. Por otra parte, el art. 210 de la L. de R. de T. dispone que "Siempre que un dueño de inmueble o derechos registrados sea declarado en estado de quiebra, el Síndico estará obligado a entregar una copia certificada de la sentencia al Registrador de Títulos correspondiente, a fin de que éste proceda a hacer mención de dicho procedimiento, en el Certificado Original del Título y en los Duplicados expedidos".

SECCION VI–OTROS PROCEDIMIENTOS

Generalidades. Los procedimientos especiales anteriormente examinados tienen ciertas peculiaridades que los alejan bastante de la estructura general del proceso, en cuanto al apoderamiento del tribunal y a la marcha del procedimiento. Los procedimientos mencionados a continuacion, por el contrario, no se apartan de los principios generales sino en disposiciones secundarias, por lo cual no requieren un examen pormenorizado.

Partición. Está regido este procedimiento por los arts. 819 y s. del C. Civil, 966 y s. del C. del Pr. Civil. La demanda se inicia por emplazamiento, conforme al derecho común. Si dos demandas han sido formadas al mismo tiempo, el art. 967 dispone que el derecho de proseguir la instancia pertenece a la parte que ha hecho visar primero su emplazamiento por el secretario, lo que es importante desde el punto de vista del cobro de las costas del procedimiento.

El art. 969 dispone que la sentencia puede nombrar un juez comisario (que sería el mismo juez de p. i.), y que debe nombrar un notario para que proceda a las operaciones de la partición. Según los casos, la sentencia ordenará la partición,

o prescribirá que se proceda a la licitación, disponen los arts. 970 y s.

Separación de bienes. La mujer necesita, antes de demandar, pedir al tribunal autorización para iniciar este procedimiento, dispone el art. 865.

Las formalidades de la citación y del procedimiento están sujetas al derecho común.

La demanda es objeto, bajo pena de nulidad del procedimiento, de la publicidad prescrita por los arts. 866 y s.: inscripción de un extracto de la demanda en la sala de audiencia del tribunal y en las notarías; publicación del mismo en un periódico de la localidad.

El art. 869 dispone que el juez no puede fallar sino después de transcurrido un mes del cumplimiento de aquellas formalidades; pero en ese intervalo son permitidos los actos conservatorios. Este plazo es prescrito a fin de dar a los acreedores del marido oportunidad para que puedan intervenir en el procedimiento; pero pueden hacerlo aun después que ha expirado ese plazo, mientras no haya intervenido sentencia definitiva. En efecto, de acuerdo con lo que dispone el art. 871, ellos pueden "intimar al abogado de la mujer, por acto de abogado a abogado, la comunicación de la demanda en separación y los documentos que la justifiquen, y hasta intervenir para la conservación de sus derechos".

El art. 872 dispone que un extracto de la sentencia debe ser fijado durante un año en la sala de audiencias del tribunal y en las notarías, y que la mujer no podrá ejecutarla antes del cumplimiento de esas formalidades.

CAPITULO II–JUZGADO DE PAZ [73]

SECCION I–CONTRATOS DE TRABAJO

Tentativa de arreglo. De acuerdo con lo prescrito en el

(73) **Conviene apuntar que, de conformidad con lo dispuesto por la ley No. 5055, de 1958, que crean los Juzgados de Paz de Trabajo, enel Distrito Nacional y el Municipio de Santiago, estos tribunales son competentes, en sus respectivas jurisdicciones para conocer de las contestaciones que surjan con motivo de la ejecución de los contratos de trabajo.**

art. 47 de la L. 637 de 1944, la controversia, "deberá ser sometida previamente al Departamento del Trabajo, que actuará como amigable componedor entre las partes". (v. Casación, 19 de junio de 1956, B. J. 551, p. 1276; 24 de julio de 1956, B. J. 552, p. 1518, mayo 1959, B. J. 586, p. 1041). Es una forma particular de la conciliación. Se levantará acta del acuerdo a que lleguen el patrono y el trabajador, o de que no pudieron avenirse; en este caso "el acta consignará sumariamente los puntos de desacuerdo, el hecho de la intervención del Departamento del Trabajo, y la negativa de las partes a aceptar el arreglo".

Procedimiento; sentencia. De acuerdo con los arts 53 y s. de la citada ley, rigen las siguientes normas: 1a. La citación para comparecer ante el j. de paz, a la audiencia previamente fijada, dará al demandado un plazo de un día, por lo menos, aumentable por razón de la distancia. 2a. Todos los medios de prueba son admisibles, y los jueces gozan de un poder soberano para apreciar los hechos de la causa. 3a. Los jueces "podrán dictar sentencias preparatorias [74] y ordenar cuantas medidas de instrucción consideren necesarias para el esclarecimiento de los asuntos sometidos a su fallo". 4a. La sentencia se reputa siempre contradictoria, aunque no comparezca el demandado. 5a. No hay nulidades de procedimiento, a menos que las irregularidades cometidas sean de una gravedad tal "que imposibiliten al tribunal el conocimiento del litigio". (Casación, 28 de julio de 1948, B. J. 456, p. 1469; 5 de junio de 1953, B. J. 515, p. 939; 15 de diciembre de 1953, B. J. 521, p. 2410). 6a. La sentencia decidirá al mismo tiempo sobre las nulidades y sobre el fondo.

Prescripción. Los artículos 658 a 662 del Código de Trabajo, puestos en vigor por la L. 5183 del 1959, disponen que prescriben por el término de un mes las acciones en pago de horas extraordinarias de trabajo; por el término de dos meses, "las acciones por causa de despido o de dimisión" y "las acciones en pago de las cantidades correspondientes al desahucio y al auxilio de cesantía".

(74) **Mejor dicho: sentencias "de instrucción", que pueden ser interlocutorias o preparatorias, según prejuzguen o no el fondo (art. 452).**

Las demás acciones, "contractuales o no contractuales, derivadas de las relaciones entre patronos y trabajadores y las acciones entre trabajadores entre sí, prescriben en el término de tres meses".

Dicha prescripción comienza, en cualesquiera de los casos señalados, "un día después de la fecha en que la acción pueda ser ejercida".

En esta materia se aplican las causas de interrupción de la prescripción del derecho común.

SECCION II–ACCIDENTES DEL TRABAJO

Procedimiento; sentencia. El j. de paz conoce de la demanda mediante citación diligenciada a requerimiento de parte interesada, conforme al derecho común.[75]

El proceso es instruído y la sentencia dictada conforme a las reglas generales del procedimiento ante el j. de paz. La decisión tiene que intervenir dentro de los 15 días de la demanda prescribe el art. 11 de la L. No. 385 de 1932.

Prescripción. La acción prescribe al término de un año a partir de la fecha del accidente, o de la clausura de la información testimonial que hubiera podido practicar el juez de paz, o de la cesación del pago de la indemnización temporal, dispone el art. 14 de la L. 385 de 1932.

SECCION III–CARGAS MATRIMONIALES

Obligación: demanda. De acuerdo con lo que dispone el art. 214 del C. Civil, mod. por la L. 855 de 1978, cada uno de los esposos debe contribuir, en la medida de lo posible, a los gastos del hogar, y la educación de los hijos.

El incumplimiento de esas obligaciones puede originar una acción en justicia contra el esposo culpable que se rije por las disposiciones procesales contenidas en el citado art. 214.

(75) **El art. 19 de la ley 385 de 1932 dispone que las notificaciones practicadas por los agentes de policía tendrán el mismo valor que las de los alguaciles; pero esto parece referirse a las notificaciones relativas a la información testimonial practicada de oficio por el j. de paz.**

Procedimiento. En caso de que uno de los esposos no cumpla con la obligación prevista en el art. 214, el otro esposo podrá obtener del juez de paz de su domicilio la autorización de embargar retentivamente y de cobrar los salarios, del producto del trabajo o de las rentas de su cónyuge, en una parte proporcional a sus necesidades. Antes de decidir el asunto, "los esposos serán llamados ante el j. de paz por medio de carta certificada del secretario, que indique la naturaleza de la medida". Los esposos deberán comparecer personalmente salvo el caso de impedimento absoluto, debidamente justificado.

Sentencia. La sentencia determina la cantidad que debe suministrar el esposo demandado, y las fechas de los pagos. "La notificación de la sentencia por el esposo que la ha obtenido a su cónyuge y a los terceros deudores vale por sí misma atribución de las sumas embargadas".

Las sentencias así dictadas "serán provisionalmente ejecutorias no obstante oposición o apelación". Cualquiera de los esposos puede, siguiendo el mismo procedimiento, obtener una nueva sentencia, "si lo justifica un cambio en las situaciones respectivas de las partes".

CAPITULO III–TRIBUNAL DE TIERRAS

Enumeración. Entre los procedimientos civiles de carácter especial que están a cargo del T. de T. los más importantes son: resarcimiento de pérdidas experimentadas a consecuencia de la aplicacion de la L. de R. de T.; determinación de los derechos correspondientes a los sucesores del dueño de un derecho registrado, partición de inmuebles registrados, litigios sobre derechos registrados. Los tres primeros de estos procedimientos pueden no presentar inicialmente un carácter contencioso, sino adquirirlo después de comenzados. El último es, naturalmente, un proceso verdadero desde el primer momento.

Resarcimiento de pérdidas. Los arts. 125 y s. de la L. de R. de T. de 1920 habían establecido una percepción de un quinto de uno por ciento sobre el valor de cada inmueble al

momento del registro originario. Estas entradas constituían un "fondo de aseguro de terrenos registrados", cuya custodia estaba a cargo del Tesorero Nacional y del cual deberían ser pagadas las indemnizaciones que el T. de T. concediera en favor de las personas que sufrieran pérdidas con motivo del saneamiento o de las operaciones posteriores al saneamiento. Esta acción era dirigida contra el Tesorero Nacional, como custodio del "fondo de aseguro".

Después de las reformas operadas por las Leyes 1309, de 1930 y 1490 de 1938, de las cuales resultó que las percepciones constituían un impuesto que ingresaba en los fondos generales del Gobierno, ésta debía ser vista como una acción dirigida contra el Estado, tendiente a obtener la reparación del perjuicio ocasionado al demandante por toda actuación del T. de T. o del Registrador de Títulos.

La L. de R. de T. de 1947 regula este procedimiento en sus arts. 225 a 234 de un modo análogo a como lo había hecho la ley de 1920. La terminología de la ley es evidentemente inapropiada: supone la existencia de un "fondo" de *"aseguro"* de terrenos registrados, lo cual no es cierto, puesto que se trata de un impuesto, que ingresa en los fondos generales de la nación; estatuye que la acción deberá ser dirigida contra el Tesorero Nacional, como "custodio" del *"fondo"* de *"aseguro"*, en vez de prescribir, conforme a la realidad jurídica, que la acción sea dirigida contra el Estado, y, si se quiso en esto derogar la L. 1486 de 1938, reguladora del modo de notificar al Estado, debió decidirse que la demanda sería notificada al Estado, en la persona del Tesorero Nacional.

La demanda es presentada al T. de T., el que la conoce en primera instancia por mediación de un juez de j. o., cuya sentencia es apelable ante el T. S. de T.

Puede ser intentada solamente por la persona que, sin negligencia de su parte, se viese privada de cualquier terreno o de cualquier derecho o interés en el mismo. Se trata, pues, de una acción subsidiaria [76], dada a un interesado que usó

(76) ***A propósito de las acciones subsidiarias*, en Anales de la Universidad de Santo Domingo, abril-junio de 1940, 171 y s.**

todas las vías de derecho a su alcance en la defensa de sus intereses.

Esta acción tiene que ser ejercida dentro de los tres años de la fecha del acto que ocasionó el perjuicio.

Determinación de derechos sucesorales. El art. 193 de la L. de R. de T. dispone a este respecto que en caso de fallecimiento del dueño de un derecho registrado el Tribunal Superior de Tierras, a pedimento de parte legítima, acompañado de todas las pruebas justificativas, determinará los derechos de cada un interesado en el derecho registrado, mediante una resolución que haga referencia al Certificado de Título, y que especifique la o las personas que tienen derecho de heredar o suceder al dueño fallecido del derecho registrado, y que determinará al mismo tiempo la parte que a cada uno de ellos deba corresponder en la copropiedad del derecho registrado. Una copia de dicha resolución será entregada al registrador de títulos competente, a fin de que cancele el duplicado certificado de título correspondiente al dueño fallecido, y expida un nuevo certificado en favor de los herederos o sucesores. Antes de decidir acerca del pedimento el T. de T. podrá mandar que los peticionarios produzcan cualquier prueba adicional que pueda conducir al esclarecimiento de los hechos invocados o hará dar al pedimento la publicidad que estime conveniente a la protección de los intereses de los terceros, o hará celebrar audiencia para conocer del caso. El mismo procedimiento se observará cuando el derecho se encuentre registrado innominadamente en favor de una sucesión.

La determinación de herederos se resuelve mediante una medida de administración judicial o por una sentencia, en vista del apoderamiento de un juez de J. Original, quien deberá celebrar audiencia, según haya o no discrepancia entre los herederos. El T. S. de Tierras acostumbra a elegir uno u otro de estos procedimientos, discrecionalmente, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso. En virtud del principio del doble grado de jurisdicción, la sentencia del juez de J. Original es apelable ante el T. S. de T.

Partición de inmuebles registrados. En virtud de lo que disponen los arts. 214 y 215 de la L. de R. de T., el T. de T.

conocerá del procedimiento relativo a la partición entre herederos o copartícipes de los derechos registrados a nombre de su causante, mediante instancia que le sometan los interesados, y siguiendo el procedimiento prescrito en el art. 139 de la misma Ley. Si todos ellos someten un proyecto de partición, éste sera homologado por el T. de T. La declinatoria para ante los tribunales ordinarios deberá ser propuesta antes de otra excepción o defensa.

Litigios sobre terrenos registrados. Según lo disponen los Art. 208 y s. de la L. de R. de Tierras, en caso de proceso sobre terrenos registrados deberán cumplirse los siguientes requisitos para que la demanda que se establezca sobre terrenos registrados o cualquier sentencia que intervenga sobre esos mismos derechos pueda surtir efecto contra las personas que no han sido partes en la litis: 1o., una copia de la demanda será depositada en la oficina del Registrador de Títulos; 2o., será depositada en la misma oficina toda sentencia que ordene una cancelación, o que pronuncie el mantenimiento o la nulidad de un certificado de título a fin de que dicho funcionario proceda a su ejecución en todo cuanto se expresa en su dispositivo en relación con los derechos registrados.

La jurisprudencia ha definido las litis sobre terrenos registrados como aquellas que ponen en juego el derecho sobre la propiedad inmobiliaria o algún derecho real sobre la misma, registrado, y que son una consecuencia de hechos producidos entre las partes después del primer registro. La competencia del T. de Tierras en materia de litis sobre terrenos registrados se extiende a todos aquellos asuntos que se presenten aislados o asociados con otros que no fueran de su competencia, en virtud principalmente de lo dispuesto por el Art. 7 de la L. de R. de Tierras (v. Casación, 5 de abril de 1957, B. J. 561, p. 689; julio 1961, B. J. 612, p. 1399). Respecto de la administración de la prueba, v. casación, noviembre, 1965, B. J. 660, p. 821.

TITULO XII – PROCESO ARBITRAL [77]

CAPITULO I–EL COMPROMISO

En qué consiste. El compromiso, de acuerdo con los Art. 1003 (mod. por la L. 845 de 1978) y sig. es un contrato por medio del cual dos o más personas confieren a uno o a varios árbitros la misión de conocer de un proceso y decidirlo por medio de una sentencia. Con esto las partes eluden la jurisdicción estatal, y se someten a la que le confieren los árbitros.

Para que una convención pueda ser calificada compromiso es indispensable que exista un *litigio* entre las partes y que éstas confíen su resolución a *árbitros.* Por el contrario, el acto mediante el cual se comisiona a una o más personas simplemente para que emitan una opinión acerca de una controversia constituye, no un compromiso, sino un peritaje. La comisión dada a una o más personas para que intenten un arreglo amigable es un mandato y no un compromiso.

Régimen. El compromiso está sometido a las normas generales que rigen todas las convenciones. No es un contrato solemne, sino consensual; para su perfección basta el consentimiento de las partes (art. 1134 del C. Civil), expresado por escrito, dispone el art. 1005 del C. de Pr. Civil.

Materia del Compromiso. El compromiso puede intervenir respecto de cualquier materia susceptible de lícita contratación (arts. 6 y 1128 del C. Civil); pero existen algunas restricciones a la facultad de consentir en este contrato.

En primer término, el compromiso es imposible en *todas las materias en que la ley prohibe la transacción.* Así, el tutor y su ex pupilo no pueden celebrar un compromiso respecto de un litigio relativo al ejercicio de la tutela, sino después de transcurridos diez días de la rendición de las cuentas y la entrega de los documentos, puesto que los arts. 472 y

(77) V. Los arts. 15 a 17 de la L. 50 de 1987 sobre Cámaras Oficiales de Comercio, Agricultura e Industria, crean el Consejo de Conciliación y Arbitraje para conocer, como amigables componedores o árbitros los diferendos entre sus miembros o entre éstos y personas físicas o morales.

2045 del C. Civil prohiben toda transacción durante ese plazo. De ahí que, en términos generales el art. 1004 prohibe el compromiso en las causas concernientes a la tutela de los menores e interdictos.

Por otra parte, el art. 1004 prohibe expresamente el compromiso en las siguientes materias:

Dones y legados de alimentos, alojamiento y vestidos. El art. 581, a su vez, declara inembargables los objetos comprendidos en estas liberalidades. Ambas prohibiciones, la de compromiso y la de embargo, reposan en motivos a la vez de humanidad y de orden público, y tienden a evitar dificultades al acreedor de esas prestaciones. Esta disposición del art. 1004, siendo excepcional, no es aplicable a los derechos de uso y habitación regulados por los art. 625 y s. del C. Civil, ni a alimentos adeudados en virtud de un acto que no es una donación o un legado, como por ej. en virtud de los arts. 205 y s., o 955 del C. Civil.

Causas que conciernen al órden público. Entre éstas figuran: la separación de bienes entre marido y mujer; las cuestiones de estado personal.

Causas que conciernen al Estado y los municipios. La prohibición se justifica por el carácter público de estas entidades.

Causas que interesan a las personas presumidas ausentes. Esto se explica porque la representación de estas personas incumbe al ministerio público (art. 116 del C. Civil).

Capacidad; poder. El compromiso puede producir consecuencias más graves que la transacción: en ésta cada contratante sabe desde el primer momento cuál es la extensión de los derechos a que renuncia; por el contrario, en el compromiso no puede preverse la magnitud del perjuicio que pueda originarse en la sentencia arbitral. Por esa razón no basta, para otorgar el compromiso, que la parte sea simplemente capaz de obligarse; es necesario, además, que tenga la capacidad de disponer del derecho sobre el cual recae el compromiso (art. 1003).

Para que el mandatario pueda suscribir un compromiso es preciso que haya recibido al efecto una procuración *espe-*

cial y expresa, puesto que el compromiso implica disposición de un derecho (art. 1988 del C. Civil). Por otra parte, el mandato para transigir no implica el de comprometerse (art. 1989 del C. Civil), puesto que, como se ha visto, el compromiso es un acto más grave que la transacción. Estos principios son aplicables al mandato del abogado y al de los liquidadores de sociedades civiles o mercantiles.

Forma. El compromiso, dispone el art. 1005, debe ser otorgado por escrito; no puede, por consiguiente, ser probado por testigos, aun cuando el litigio sea inferior a 30 pesos. La ley excluye la prueba testimonial en interés de evitar que la existencia y las cláusulas del acto puedan originar dificultades; se admite, sin embargo, que el compromiso, aun celebrado verbalmente, puede ser probado por la confesión judicial y por el juramento.

El escrito en que conste el compromiso puede ser, conforme al art. 1005, auténtico o bajo firma privada.

Cuando es otorgado bajo firma privada, el escrito tiene que ser redactado en tantos originales como partes figuren en el compromiso con interés distinto (art. 1325 del C. Civil).

El art. 1005 autoriza a las partes a otorgar el compromiso ante los árbitros; en este caso basta que sea firmado por las partes en un solo original, que queda en manos de uno de los árbitros.

Contenido. El art. 1006 prescribe que en el acta del compromiso deberán expresarse, bajo pena de nulidad, la causa del litigio y los nombres de los árbitros.

El acta puede también contener otras cláusulas, como por ej. las relativas al procedimiento que deberán seguir los árbitros, al plazo en que deben fallar, a la designación de un tercer árbitro, a la facultad de estatuir en última instancia.

La cuestión de saber si en el acta del compromiso se hallan correctamente indicados el objeto del litigio y el nombre de los árbitros es de la soberana apreciación de los jueces del fondo.

Cláusula compromisoria. Frecuentemente las partes insertan en un contrato una cláusula en que declaran que en caso de que surjan dificultades en su ejecución, se obligan a

someterlas a árbitros. Es lo que se llama, impropiamente, *cláusula compromisoria;* es, en realidad, no un compromiso, sino una promesa de compromiso.

Para el contrato de seguro marítimo, el art. 332 del C. de Comercio permite convenir en la sujecion de las partes al juicio de árbitros, en caso de contestación; y el art. 631 del mismo Código, mod. por la L. 845 de 1978 establece que "las partes podrán, en el momento en que ellas contratan, convenir en someter a árbitros las contestaciones" entre negociantes, comerciantes y banqueros, entre asociados por razón de una compañía de comercio, y las relativas a los actos de comercio entre cualesquiera personas. Pero no existe en la ley norma alguna de carácter general que autorice o prohiba expresamente que se incluya semejante convenio en un contrato. De esto ha surgido la cuestión de saber si esa cláusula es válida.[78]

Se ha sostenido que la cláusula compromisoria es nula, porque el art. 1006 exige a pena de nulidad que el compromiso indique el objeto del litigio y los nombres de los árbitros, y en la cláusula compromisoria no puede darse a conocer el objeto del proceso, que aun no existe, ni tampoco designarse los árbitros, cuyos poderes están limitados a un cierto tiempo.

En una segunda opinión, que parece preferible, se sostiene que la cláusula compromisoria es válida y obliga a las partes, no a título de compromiso, sino como promesa de compromiso, puesto que se trata de una convención perfectamente lícita. La ley no ha entendido considerarla como contraria al orden público, como lo demuestran los arts 332 y 631 del C. de Comercio. Si la intención del legislador hubiera sido prohibir la clausula compromisora, lo hubiera consignado expresamente. Esta prohibición no resulta del art. 1006, porque este texto no regula el contrato de compromiso, sino el instrumento que debe comprobarlo.

(78) Glasson, Precis, II, 1859; Jean Robert, L'Arbitraje. Droit Interne Droit International Privé, 5a. ed. Pág. 50 y sig.

Si, contra lo estipulado en la cláusula compromisoria, una de las partes apodera al tribunal de una contestación relativa al contrato, el demandado puede intimarle al cumplimiento de la cláusula y darle a conocer las diligencias que ha hecho o esta dispuesto a hacer para su ejecución, y luego oponerle a título de medio de inadmisibilidad, la inejecución de la cláusula compromisoria.

Nulidad. La nulidad del compromiso proveniente de la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada sino por el incapaz, sea antes del arbitraje, sea después de terminado.

En tanto que los árbitros no han estatuído, la parte capaz puede invocar la incapacidad de su cocontratante, a título de medio de inadmisibilidad (supra, libro IV, Tit. II, Cap. II), , negándose a proseguir el arbitraje a menos que el incapaz, legalmente asistido o representado, consienta en renunciar a la nulidad. La parte demandada, en efecto, tiene la facultad de no litigar con el demandante incapaz, tanto ante la jurisdicción estatal como ante los árbitros.

La nulidad que resulta de la insuficiencia o de la falta de poder del mandatario de una de las partes puede ser opuesta por ambas partes. Si el compromiso es ratificado, se le debe atribuir como fecha la de su ratificación, y no la fecha en que el mandatario lo suscribió; por consiguiente, el término previsto con el art. 1007 para el cumplimiento del arbitraje empieza a correr, no del día del compromiso, sino del de su ratificación. Si la sentencia arbitral es pronunciada en ejecución de un compromiso nulo por insuficiencia o falta de poder del mandatario, la parte interesada puede recurrir en tercería.

La nulidad resultante de que el compromiso ha versado sobre un objeto respecto del cual la ley lo prohibe, puede también ser opuesta por ambas partes. Si la prohibición del compromiso tiene un carácter de orden público, la nulidad no puede ser cubierta por el consentimiento expreso o implícito de las partes, como por ej. por su actuación en el procedimiento arbitral.

Extinción. El compromiso se extingue de acuerdo con las disposiciones de los arts. 1012 y 1013, por las siguientes

causas: 1a., por la muerte, renuncia, no aceptación, o por impedimento de uno de los árbitros, a menos que el compromiso permita seguir adelante, o que autorice el reemplazo del árbitro por las partes o por los árbitros restantes; 2a., por la expiración del término estipulado, o por el de tres meses, si el término no fue fijado en el compromiso; 3a. por el empate, cuando los árbitros no tengan facultad para nombrar un tercero; 4a., por la muerte de una de las partes, si ha dejado herederos menores.

Prorrogación. La comisión de los árbitros puede ser prorrogada por las partes. La prorrogación es en realidad un nuevo compromiso, que vale por el tiempo nuevamente convenido, o, si no se ha fijado tiempo, por tres meses.

Se admite generalmente que la prorrogación puede también ser implícita y resultar de todos aquellos actos de las partes, otorgados por escrito, que impliquen cierta y necesariamente su voluntad de prolongar el mandato de los árbitros, como por ej. la entrega formal de los documentos, la comparecencia ante el tribunal arbitral, la producción de defensas.

Suspensión. El plazo del compromiso es suspendido: por el sobreseimiento a su decisión, pronunciado por los árbitros, hasta que el tribunal competente decida acerca de un incidente, como la falsedad por ej.; en caso de que pronuncien una sentencia interlocutoria, y sobrevenga una apelación, puesto que la apelación suspende la ejecución de la sentencia; de acuerdo con el art. 1013, por el fallecimiento de una de las partes que deja herederos mayores, durante el plazo para hacer inventario y deliberar.

CAPITULO II–LOS ARBITROS

Número. Las partes tienen la facultad, de acuerdo con el art. 1006, de confiar el arbitraje a uno o a varios árbitros. En caso de que el número de árbitros sea par podría producirse un empate; para evitarlo es conveniente escoger un número impar de árbitros.

Capacidad. La ley no determina las condiciones de capacidad especialmente requeridas para que una persona

pueda ser escogida como árbitro.

De los principios generales resulta que no puede ser designada árbitro una de las partes en causa, u otra persona que tenga interés en la contestacion. En este caso el compromiso sería nulo.

Tampoco pueden ser escogidos como árbitros: las personas afectadas por la degradación cívica o por las privaciones previstas en el art. 42 del C. Penal, porque no pudiendo ellas ser peritos, no pueden mucho menos ser árbitros; el interdicto por causa de demencia, porque sus actos son nulos de pleno derecho.

Un juez puede ser escogido como árbitro. Es discutido si se puede confiar el arbitraje colectivamente a todos los miembros de un tribunal colegiado.

Una persona puede ser escogida como arbitro aunque sea tachable u objetable como testigo. Así, puede ser árbitro un pariente o aliado en línea recta de una de las partes, y con mayor razón una persona unida a una de las partes o a su cónyuge por parentesco o afinidad colateral.

Dificultades. El párrafo agregado al art. 1003 por la L. 845 de 1978, expresa que cuando surgieren dificultades, si las partes no estuvieren de acuerdo sobre la designación de los árbitros, la parte más diligente intimará a las otras partes por acto de alguacil para que designe los árbitros en un plazo de 8 días francos. En dicha intimación se indicará el nombre y domicilio del árbitro escogido por la parte demandante. Si en el plazo indicado los demandados no dan a conocer elnombre del árbitro escogido por ellos, "el presidente del Tribunal de Comercio competente en virtud del art. 439 del C. de Pr. Civil procederá, sobre instancia del demandante, a su designación". "La ordenanza no será susceptible de ningún recurso". "Copia de la instancia y de la ordenanza será notificada en el plazo de 8 días francos a los demandados, así como a los árbitros con requerimientos de proceder al arbitraje".

Aunque por la redacción de la disposición transcrita precedentemente, parece que ésta se aplica exclusivamente a la materia comercial, nos parece que la disposición es de carácter general, aplicable por consiguiente a los casos de arbitra-

jes en materia civil principalmente por ser el art. 1003 una disposición del derecho común.

Establece asimismo la aludida modificación, que los arts. 1003 a 1028 del C. de Pr. Civil son aplicables en tanto no sean contrarios a dicha ley.

Carácter. Una cuestión conexa con la relativa a la capacidad necesaria para ser árbitro es la de saber cuál es el carácter de la función conferida a los árbitros.

En una primera opinión se admite que el árbitro, puesto que recibe sus poderes de las partes, quienes pueden revocarlo en todo momento, renunciando al arbitraje, debe ser asimilado a un mandatario, y que, por consiguiente, sus funciones tienen un carácter puramente privado: un menor podría ser escogido como árbitro, por lo mismo que puede ser mandatario.

Otra opinión, por el contrario, que podría invocar en su favor el art. 1o. de la L. de O. J., sostiene que la función de los árbitros tiene un carácter especial, que la acerca más a la función pública que a la función puramente privada. El árbitro, en efecto, a diferencia del mandatario, no está obligado a seguir las instrucciones de la persona que lo nombra; sus poderes subsisten, a pesar de la muerte de la parte que deja herederos mayores, lo que no ocurriría si su misión fuera un mandato. Es más bien un juez, que ejerce actos de verdadera jurisdicción, tanto al prescribir, en el curso del arbitraje, medidas de instrucción, como el pronunciar sentencia, la cual es un acto auténtico, con autoridad de cosa juzgada, y que, para llegar a ser ejecutorio, no le falta mas que la aprobación del tribunal. Por consiguiente, es preciso decidir que para ser árbitro se requiere tener el ejercicio de los derechos civiles y políticos, y que, por lo tanto, los menores y los extranjeros no pueden ser escogidos como árbitros.

Aceptación. La persona escogida como árbitro es libre de aceptar o no ese cometido. Su aceptación puede ser *expresa,* e intervenir por escrito o verbalmente, puesto que la ley no ha determinado forma alguna o *implícita,* la que resulta de todo acto implicativo del propósito de cumplir su misión, como por ej. si convoca las partes, o si les pide la entrega de los documentos.

Renuncia. Aun después de haber aceptado, dispone el art. 1014, el árbitro puede renunciar, esto es, negarse a ejercer sus funciones, a condición de que el procedimiento no haya comenzado. Si, después de iniciada la instrucción de la causa, el árbitro se niega a continuar ejerciendo sus funciones, las partes pueden reclamarle una indemnización reparativa.

Revocación. Conforme lo dispone el art. 1008, las partes pueden, por un común acuerdo, revocar el árbitro. La revocación no está sometida a ningún requisito de forma; puede ser expresa o implícita. La revocación implícita resultaría de toda actuación de las partes que evidencie su deseo de desentenderse de la labor del árbitro, como por ej. si designan otro árbitro, o si someten su diferendo a los tribunales, o si pactan una transacción.

Recusación. Resulta del art. 1014 que los árbitros pueden ser recusados por una causa sobrevenida posteriormente al compromiso. Al contrario, si la causa de recusación existía al momento del compromiso, se considera que la parte ha renunciado implícitamente a su derecho de recusar, con el hecho de haber participado en la elección del árbitro.

Las causas de recusación son las mismas que, de acuerdo con el art. 378, pueden fundamentar la recusación de un juez.

Honorarios. El árbitro tiene derecho al cobro de los honorarios estipulados en el compromiso. En este aspecto de sus funciones el árbitro es asimilado a un mandatario. Puede, por consiguiente, ejercer una acción contra las partes en cobro de esos honorarios (art. 1986 del C. Civil).

Facultades y deberes. En los límites fijados por el compromiso, los árbitros tienen los mismos poderes que los jueces, hasta el de interpretar sus sentencias, en tanto que su cometido esté vigente. Hay sin embargo, cuestiones que escapan necesariamente a la competencia de los árbitros: no tienen la policía de la audiencia; no pueden expedir copias ejecutorias de sus decisiones, no conocen de las dificultades relativas a la ejecución de sus sentencias.

Por otra parte, los árbitros tienen los mismos deberes

que los jueces: deben observar las normas legales, tanto de forma como de fondo.

Los árbitros no pueden, sin el consentimiento de las partes, hacerse sustituir por otros árbitros.

Amigables componedores. El art. 1019 permite a las partes dispensar a los árbitros de la observación de las reglas de derecho, invistiéndoles con facultades de *amigables componedores.* La cláusula del compromiso respecto de esto puede expresar, o simplemente que los árbitros serán amigables componedores, o que estarán dispensados de aplicar la ley; en ambos casos ellos tienen la facultad de no observar las leyes, tanto de forma como de fondo. Pero si solamente han sido dispensados de observar las reglas de forma, ellos deben, en cuanto al fondo, aplicar la ley.

La cláusula mediante la cual las partes renuncian a todo recurso contra la sentencia, o simplemente renuncian a la apelación, es implicativa de que los árbitros son constituídos como amigables componedores.

En ningún caso los amigables componedores pueden ser dispensados de observar las leyes que interesen al orden público, especialmente de las que tocan a las garantías de la defensa, y a la igualdad de las partes ante el tribunal arbitral. Salva esa restricción, los amigables componedores gozan de plena libertad en la decisión del asunto, pudiendo, por ej., no tomar en cuenta una prescripción consumada, o admitir una compensación en un caso en que no estén reunidas todas las condiciones exigidas por la ley.

CAPITULO III – DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Dispensación de formas. En caso de que los árbitros han sido eximidos del cumplimiento de las formas del procedimiento, o cuando han sido investidos como amigables componedores, ellos organizan libremente el procedimiento que debe seguirse. Deben, sin embargo, observarse las reglas indispensables a la administración de la justicia, especialmente las concernientes a la libertad de la defensa.

Procedimiento legal. Fuera de los casos anteriormente mencionados, las partes y los árbitros deben observar, según lo manda el art. 1009, "los plazos y las formalidades que deben seguirse ante los tribunales". La ley se refiere al procedimiento ante el j. de p. i., que es el de derecho común.

No obstante su aparente generalidad, la regla enunciada en el art. 1009 está limitada, en primer término, por la naturaleza misma del procedimiento arbitral, y, en segundo término, por las reglas del procedimiento enunciadas en el art. 1016.

La citación para comparecer no contiene constitución de abogado; las partes pueden suprimirla, y presentarse espontáneamente ante los árbitros. Haya o no citación, la causa no es enrolada. Los árbitros no tienen que celebrar audiencia pública, ni para conocer del asunto ni para decidirlo. No hay comunicación al ministerio público.

Por otra parte, el art. 1016 manda que las partes produzcan sus defensas y documentos quince días, por lo menos, antes de la expiración del término del compromiso; es indispensable, además, que se comuniquen recíprocamente esos medios de defensa y de prueba. De lo contrario, los árbitros no estarían en condiciones de decidir, al no conocer las pretensiones de las partes. La producción de las defensas y de los documentos debe ser hecha por las partes sin necesidad de requerimiento emanado de los árbitros. Ellos pueden juzgar aunque solamente una de las partes produzca sus defensas y documentos; pero no están obligados a hacerlo. Con mayor razón pueden abstenerse de juzgar cuando ninguna de las partes cumple aquella obligación. Las producciones tardías pueden ser admitidas por los árbitros, si el término del compromiso no ha expirado.

Medidas de instrucción. Los árbitros pueden ordenar todas las medidas de instrucción que fuesen necesarias para formarse convicción: información testimonial, visita de lugares, informe pericial, interrogatorio sobre hechos y artículos, comparecencia personal, prestación de juramento. Todos los árbitros deben tomar parte en esas medidas, a menos que el compromiso los autorice a delegar esa tarea en uno de ellos.

Como los árbitros no tienen el poder de constreñir a las partes y a los terceros para que concurran a esas medidas de instrucción, ellos deben proveer sus sentencias del correspondiente auto ejecutorio del j. de p. i.

El art. 1015 prohibe a los árbitros conocer del incidente de inscripción en falsedad; deben remitir a las partes que acudan ante el j. de p. i. Esa prohibición es de carácter excepcional, y no puede, por lo tanto, ser ampliada a la verificación de escritura [79]. Los árbitros, en efecto, puesto que derivan sus poderes de la voluntad de las partes, tienen capacidad para resolver todos los incidentes del proceso, a menos de disposicion contraria de la ley.

Demandas incidentales. Los árbitros son competentes para conocer de las demandas adicionales que constituyen el accesorio natural de la demanda principal, como por ej. de la que tiende a obtener el pago de intereses o la ejecución provisional; pero no para conocer de las enteramente ajenas a la materia del compromiso.

Pueden los árbitros conocer también de las demandas reconvencionales, cuando sirvan de defensa a la demanda principal, como por ej. de la que tiende a la compensación judicial. Según algunos autores, cuando el crédito opuesto en compensación es superior al monto del crédito del demandante los árbitros pueden solamente desestimar la demanda principal, pero no condenar al demandante al pago de la diferencia.

La intervención, voluntaria o forzosa, no es admisible sino con el consentimiento de ambas partes y del interviniente, y, además, de los mismos árbitros, puesto que altera la materia del compromiso.

Excepciones. El demandado dominicano puede oponer ante los árbitros la excepción de fianza al demandante extranjero.

Ante los árbitros no pueden promoverse las declinatorias por causa de litispendencia y de conexidad, puesto que ellos son una jurisdicción única, competente únicamente para examinar el asunto contenido en el compromiso. Por el contrario, ante los árbitros puede promoverse la declinatoria por causa de incompetencia. Deben juzgarla, porque todo juez es naturalmente competente para decidir acerca de los límites de su propia competencia. Pero la sentencia de los árbitros sobre este punto no es soberana, aun cuando hayan recibido facultades para estatuir sin apelación sobre el fondo: al j. de primera instancia toca decidir, sobre la oposición que pueda formarse al auto de ejecución, si los árbitros actuaron dentro de los límites del compromiso.

(79) Glasson y Tissier, *Traité*, V. 1830.

Las nulidades pueden ser invocadas ante los árbitros en las mismas condiciones que ante cualquier otro juez.

La excepción dilatoria fundada en el plazo para hacer inventario y deliberar se rige por el derecho común; según el desarrollo del art. 1013. En cambio, ante los árbitros no procede, en principio, proponer la excepción dilatoria de garantía. El garante, en efecto, no podría ser obligado a aceptar árbitros que no ha nombrado; por su parte, el garantizado no podrá encausar al garante sin su consentimiento, el de las otras partes y el de los árbitros, puesto que la presencia del garante modifica la extensión del compromiso.

La comunicación de documentos y la excepción fundada en la no comunicación se rige por las reglas trazadas en el art. 1016. [80].

Sobreseimiento. En todos los casos en que los árbitros son incompetentes para conocer de un incidente de procedimiento, o de una cuestión surgida incidentalmente, ellos deben, aun quedando apoderados del fondo, sobreseer en el procedimiento hasta que el tribunal competente decida sobre esa cuestión. Esto ocurre: de acuerdo con el art. 1015, con el incidente de inscripción en falsedad, y cuando hay persecución criminal con ocasión de los hechos que motivaron el compromiso; con las cuestiones de estado personal, cuando surge un incidente que exige la comunicación al ministerio público.

(80) Conviene tener en cuenta que de conformidad con las disposiciones de la L. 834 de 1978, la comunicación de documentos no constituye una excepción de procedimiento.

Sentencia. Después de terminada la instrucción del proceso, el o los árbitros proceden a dictar sentencia. En la forma, la sentencia arbitral es análoga a la pronunciada por un tribunal, salvo que no lo es en audiencia pública.

Efectos de la sentencia. Fuerza ejecutoria. De acuerdo con el art. 1020 la sentencia arbitral será ejecutoria por auto del presidente del Tribunal de P. Instancia del distrito en el cual ésta se haya dictado. Para esos fines, la minuta de la sentencia se depositará por uno de los árbitros en dicho tribunal dentro de los tres días de la fecha de su pronunciamiento. Si el compromiso hubiese sido realizado sobre la apelación de una sentencia, la decisión arbitral será depositada en el tribunal que conozca de la apelación. El auto ejecutivo se dará por el presidente del tribunal.

El art. 1021 dispone que las sentencias arbitrales no podrán ser ejecutadas sino después que se haya obtenido auto del presidente del tribunal, que la insertará al pié o al margen de la minuta de la sentencia arbitral. Es lo que se denomina exequátur. El conocimiento de todo lo relativo a la ejecucion de la sentencia será de la competencia del presidente que dió el exequátur.

TITULO XII–EXTINCION DE LA INSTANCIA

Causas de extinción. La instancia puede extinguirse: por la sentencia definitiva sobre el fondo; por el desistimiento; por la aquiescencia;, por el compromiso; por la transacción; por el fallecimiento de una de las partes en ciertos casos; por la perención; por la prescripción.

Sentencia definitiva.[81] Es el modo *normal* de extinción de la instancia: el proceso tiene precisamente por objeto poner fin al litigio mediante un acto emanado del órgano jurisdiccional, la sentencia definitiva.

Compromiso. Si en el curso del proceso las partes convienen en someter su disputa a la decisión de árbitros, la instancia queda extinguida. Esta extinción es condicional: las

(81) V. infra, libro VII.

partes la consienten bajo la condición implícita de que los árbitros dicten sentencia que venga a ocupar el puesto de la que hubiera dictado el tribunal, de no haber intervenido el compromiso. Por lo tanto, si los poderes de los árbitros cesan antes de que adopten el fallo, la instancia ante el tribunal reanuda su curso, puesto que la condición no se ha realizado. En este caso el compromiso habrá operado como una simple causa de suspensión de la instancia.

Transacción. Este acto, al modificar la situación jurídica de las partes, implica necesariamente renunciación a los efectos producidos por los actos del procedimiento, y, por lo tanto, a la instancia misma y consentimiento para que se extinga (art. 2044 y s. del C. Civil).

Desistimiento; aquiescencia. El desistimiento es el acto del demandante de abandonar la instancia o de abandonar su derecho de acción (art. 402 y s.).

La aquiescencia es el acto del demandado que acepta la demanda.

El desistimiento y la aquiescencia constituyen incidentes del procedimiento, cuyo efecto es extinguir la instancia, ya que, después de ocurrido el uno o el otro, el proceso carece enteramente de objeto (sobre la aquiescencia v. Casación 22 de febrero de 1949, B. J. 463, p. 99; mayo 1950, B. J. 478, p. 424).

Perención; prescripción. La perención y la prescripción tienen un efecto extintivo sobre la instancia, con las distinciones que luego serán expuestas. La perención no opera de pleno derecho, sino que tiene que ser demandada. La prescripción, por el contrario, extingue la instancia de pleno derecho; no es del todo, desde este punto de vista, un verdadero incidente del procedimiento, sino una causa de extinción de la instancia que puede ser opuesta como medio de defensa por la parte contra quien fueran perseguidas las actuaciones de la instancia prescrita.

Fallecimiento de una de las partes. En general, este suceso no tiene otro efecto que el de interrumpir la instancia, siempre que la causa no se halle en estado (art. 344 y s.). Excepcionalmente, el fallecimiento de una de las partes ex-

tingue la instancia y la acción, aun cuando la causa se halle en estado, en ciertos casos en que la ley considera que el proceso no tiene ya razón de ser: el divorcio (art. 20 de la L. 1306 bis de 1937); la interdicción (art. 504 del C. Civil); la demanda de pensión alimenticia (art. 244 del C. Civil). Por otra parte, algunas acciones se hallan sometidas a un régimen especial: el fallecimiento de una de las partes extingue el derecho y la acción solamente cuando sobreviene antes de incoarse el proceso, pero no después; en este caso, la instancia puede ser continuada por los herederos del demandante o contra los herederos del demandado (supra, Tit. XII).

Referencias; plan de exposición. La extinción de la instancia resultante del compromiso fue examinada con el proceso arbitral. La transacción ha sido considerada como un medio de defensa (supra, Libro IV, Tit. I, Cap. II). El desistimiento, la aquiescencia, la perención y la prescripción serán examinadas, *infra,* con los procedimientos incidentales. La sentencia, como acto procesal de carácter autónomo, será objeto del libro VII que sigue. El fallecimiento de una de las partes fue considerado a propósito de la transmisibilidad del derecho de acción que resulta de la demanda en los casos en que el derecho deducido en justicia tiene un cierto carácter intrasmisible (supra Libro IV. Tít. II. Cap. I).

TITULO XIII–LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES

CAPITULO I–LAS EXCEPCIONES

SECCION I–FIANZA DEL EXTRANJERO

En qué consiste. El extranjero puede, conforme a los principios generales del derecho procesal, litigar como demandante o como demandado, contra otro extranjero o contra un dominicano. Cuando es demandante los Arts. 16 del C. Civil mod. por la L. 845 de 1978, y 166 del C. de Pr. Civil le sujetan a la obligación de garantizar al demandado dominicano el reembolso de las costas procesales y el resarcimiento de los perjuicios que puedan resultar del proceso. El demandado

exige el otorgamiento de esta garantía por medio de la *excepción* de fianza, llamada generalmente *fianza iudicatum solvi.*[82]

Créditos que garantiza. Esta fianza garantiza, en primer lugar, el pago de las costas procesales, y, en segundo lugar, el de las indemnizaciones que puedan ser otorgadas al demandado, cuando las ha pedido reconvencionalmente, como reparación de los perjuicios que le ocasionen un proceso injustificado o las faltas cometidas por el extranjero en la conducción del procedimiento. Pero no garantiza el pago de las otras condenaciones que puedan ser adjudicadas al demandado en virtud de demandas reconvencionales distintas de las enunciadas.

Justificación. Esta fianza se justifica en razón de que el extranjero condenado en las costas y al pago de una indemnización puede no tener en la República bienes con cuyo embargo pueda el demandado cobrar esos créditos. De no existir, el dominicano se vería obligado, para cobrarlos, a perseguir al extranjero ante el tribunal de su domicilio, lo que además de resultarle excesivamente costoso, lo expondría a que la sentencia del tribunal dominicano se le negara en el extranjero el exequátur indispensable para su ejecución.

Quién la debe. La fianza aquí prevista puede únicamente ser reclamada bajo las siguientes condiciones: 1a., que se trate de un extranjero *transeúnte,* esto es que no tenga domicilio en la República; 2a., que ese extranjero sea *demandante principal o interviniente voluntario,* pero nunca si es demandado, aunque haya incoado una demanda reconvencional; 3a., que ese extranjero no pertenezca a un país que tenga celebrado con la República un tratado que exima a sus nacionales de aquella obligación, como por ejemplo la Convención de Derecho Internacional Privado adoptada en la VI Conferencia Internacional Americana, aprobada por la L. 1055 de 1928, cuyo art. 383 dispone que no habrá distinción entre naciona-

(82) No tiene nada de común con la *cautio indicatum solvi* del derecho romano (G. May *Eléments de droit romain*, 285, nota 11).

les y extranjeros en cuanto a la prestación de fianza para comparecer en juicio.[83]

Materias y tribunales en que se debe. De conformidad con las disposiciones de los art. 16 del C. Civil y 166 del C. de Pr. Civil vigentes con anterioridad a las modificaciones introducidas por la L. 845 de 1978, la fianza era debida únicamente en los asuntos civiles ante el J. de Primera Instancia, la C. de Apelación y la S. C. de Justicia. Pero, de conformidad con la ley citada, la fianza puede ser exigida al extranjero transeúnte, en todas las materias y ante todas las jurisdicciones, a menos que posea en la República inmuebles por un valor suficiente para asegurar el pago de las costas y de los daños y perjuicios resultantes de la litis.

De acuerdo pues con la modificación introducida por la L. 845, la fianza del extranjero puede ser solicitada en los asuntos comerciales, ante el j. de paz, ante el T. de Tierras, y en referimiento.[84]

En grado de apelación la debe prestar el extranjero apelante que fue demandante en primera instancia pero no el que fue demandado. En casación, la debe prestar el extranjero recurrente, si desempeñó el papel de demandante originario (v. Casación, 30 de marzo de 1939, B. J. 344, p. 245; 13 de agosto de 1956, B. J. 553, p. 1663).

Aunque el Art. 166 del C. de Pr. Civil no fue modificado expresamente por la L. 845, es obvio que lo ha sido implíci-

(83) V. No. obstante lo indicado, V. Casación, 1o. de diciembre de 1982, B. J. 865, p. 2375. De acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia, los países signatarios de la Convención de París de 1928 sobre propiedad industrial gozan de todas las ventajas concedidas a los nacionales, pero con las limitaciones relativas al procedimiento administrativo, competencia, elección de domicilio y constitución de mandatarios, pero deja potestad a los tribunales del otro Estado de establecer la forma en que los extranjeros deberán litigar en los tribunales dominicanos. Que de conformidad con el Art. 16 del Código Civil, en su redacción actual, el extranjero que no justifique tener bienes inmuebles en la República Dominicana suficientes para asegurar el pago de las costas y daños y perjuicios resultantes de la litis puede exigírsele la fianza iudicatum solvi, a pesar de ser un signatario de la indicada Convención de 1928.

(84) En materia de referimiento se consideraba improcedente la prestación de la fianza iudicatum solvi, dado el carácter provisional de las decisiones a intervenir. Una opinion contraria sostienen Glasson y Colmet-Daage, 2da. ed. tomo I, No. 634, p. 689, citado por Dalloz, *Noueveau Code de Procedure Civile*, Art. 166, No. 68 y sig.

tamente, ya que los términos generales del nuevo Art. 16 del C. Civil son suficientemente explícitos y no excluyen el j. de paz.

Carácter. Esta fianza es un beneficio que la ley concede, no por motivos de orden público, sino mirando exclusivamente el interés privativo del demandado dominicano; éste puede por consiguiente, renunciar a su derecho de exigirla. La renunciación se presume cuando el demandado no la reclame oportunamente. Por su parte, el tribunal no puede ordenar de oficio, que la fianza sea prestada.

Cómo se solicita. Tanto en materia civil como en materia comercial, la fianza es solicitada mediante conclusiones en audiencia.

La L. 3726 sobre procedimiento de casación no prevee en sus arts. 47 a 62 el procedimiento a seguir para solicitar en ese Tribunal, la fianza. Aunque la situación planteada no es frecuente, puesto que se supone que la fianza ha sido solicitada al extranjero demandante en primera instancia o en apelación, esta excepción podría presentarla el recurrido al producir su memorial de defensa como una cuestion previa, solicitando a la Suprema Corte declarar inadmisible los medios del recurrente en caso de no prestar la fianza solicitada. La Suprema Corte deberá, por una sentencia previa, ordenar la prestación de la fianza o rechazar ésta, si la considera improcedente (Casación, 11 de abril, 1983, B. J. 869, p. 882).

Cómo es prestada. La fianza se constituye presentando un *fiador* o sea una persona solvente que se obliga a pagar la cantidad indicada por la sentencia que la impone (art. 2018, 2019 y 2040 del C. Civil). El procedimiento a seguir está indicado en los art. 517 a 522 del C. de Pr. Civil.

El extranjero demandante puede, según lo disponen los art. 16 del C. Civil y 167 del C. de Pr. Civil o sustituir el fiador con el depósito en la caja pública de la suma fijada por la sentencia, o eximirse de la fianza justificando que posee en la República bienes inmuebles suficientes para garantizar el pago de las condenaciones antes mencionadas.

SECCION II–DECLINATORIAS
1–GENERALIDADES

En qué consisten. Son declinatorias las excepciones que tienden a obtener que el tribunal apoderado de un proceso no lo conozca, en razón de que no es el designado por la ley. Su nombre les viene de que el litigante que propone la excepción, generalmente el demandado, *declina* el honor de ser juzgado por el tribunal, o de que éste, a invitación de una de las partes, o de oficio en ciertas ocasiones, *declina* su competencia para conocer del proceso.

Los art. 168 a 172, 424 y 426 del C. de Pr. Civil, que consagraban las excepciones declinatorias, fueron sustituídos por los art. 3 a 34 de la L. 834 de 1978, que son, en términos generales, una traducción de los art 75 a 107 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

Cuáles son. Hay tres excepciones declinatorias: la de *incompetencia,* la de *litispendencia* y la de *conexidad.*

II–EXCEPCION DE INCOMPETENCIA

Clases de incompetencia. Como se ha explicado, hay dos clases de incompetencia: la incompetencia *absoluta,* que resulta del apoderamiento de un tribunal de una naturaleza, de un grado o de un orden, que no son los determinados por la ley, en violación por consiguiente de una de las reglas de la competencia de *atribución o ratione materiae,* o de la competencia *funcional,* que se sabe, son de orden público; la *incompetencia relativa,* que resulta del apoderamiento de un tribunal que no es el designado por la ley para conocer del asunto en razón de la persona demandada o de la situación del inmueble objeto del proceso, en violación por consiguiente de una de las reglas de la competencia *territorial o ratione personae vel loci,* que son de interés privado.

No obstante lo expresado, la terminología incompetencia absoluta e incompetencia relativa tiende a desaparecer del lenguaje jurídico moderno. Se usa más comúnmente los términos antes expresados de competencia de atribución y com-

petencia territorial (v. los arts. 20 y 21 de la L. 834 de 1978). Por otra parte, la regla expresada respecto de las normas de orden público o de interés privado que tradicionalmente han caracterizado la competencia de atribución y la competencia territorial no pueden ser consideradas como absolutas.

En efecto, los casos en que el juez puede suplir de oficio la incompetencia territorial (v. art. 21 de la citada L. 834), da a ésta en cierto sentido, un carácter de orden público. Por otra parte, la incompetencia que resulta de la violación de una regla de competencia de atribución únicamente podra ser suplida de oficio por el juez cuando esta regla es de orden público (art. 20 de la L. 834), esto es, cuando atañe al orden, la naturaleza o al grado de las jurisdicciones. Más aún, ante la c. de apelación y la c. de casación esta incompetencia sólo podrá ser suplida de oficio si el asunto es de la competencia de un tribunal represivo, o administrativo, o escapare al conocimiento de los tribunales dominicanos.

Consecuencias. Esta oposición fundamental entre los caracteres de la competencia de atribución y los de la competencia funcional, por un lado, y los de la competencia territorial, por otro lado, acarrea una diferencia, también fundamental, en el régimen respectivo de las excepciones declinatorias fundadas en la incompetencia absoluta o en la incompetencia relativa, que serán analizadas de acuerdo con el estado actual de nuestra legislación.

III–LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD

Litispendencia. La litispendencia supone que un mismo proceso ha sido incoado, entre las mismas partes, ante dos tribunales igualmente competentes para juzgarlo. Es muy difícil que esta situación se presente mientras las partes originariamente interesadas se encuentren personalmente figurando en el proceso; pero, en cambio, se podría presentar después de la muerte del demandado, si el demandante, por ej. porque desconfiara del tribunal ante el cual llevó originariamente el pleito, incoara la misma demanda contra los herederos del demandado ante el tribunal del domicilio de uno de

ellos, que es igualmente competente para conocer del proceso.

Podría ocurrir también que el demandante, advertido de que ha iniciado el proceso ante un tribunal incompetente, cite al demandado ante otro tribunal que cree competente, sin haber desistido de la primera demanda.

La ley, con la declinatoria fundada en la litispendencia evita que los tribunales estatuyan sucesivamente sobre un mismo asunto entre las mismas partes. Si los dos tribunales decidieran en sentido contrario, la segunda sentencia violaría la autoridad de la cosa juzgada inherente a la primera; si, inversamente, ambos tribunales decidieran en el mismo sentido, los gastos del segundo proceso, habrían sido hechos innecesariamente.

Esta declinatoria supone que los dos tribunales apoderados son igualmente competentes; si uno de ellos fuera incompentente la excepción que debería proponerse es la de incompetencia. Tampoco hay litispendencia si una demanda es sucesivamente incoada ante un j. de primera instancia por primera vez conforme al procedimiento de los asuntos comerciales, y una segunda vez conforme al procedimiento de los asuntos civiles, o inversamente (Casación, 30 de junio, 1937, B. J. 323, p. 328); en este caso, lo que procede es pronunciar la nulidad de la citación hecha irregularmente.

Conexidad. Hay conexidad cuando dos procesos entre los cuales existen ciertas relaciones han sido llevadas ante dos tribunales igualmente competentes, aunque no estén pendientes entre las mismas partes. Con ese motivo podrían ser pronunciadas sentencias en sentido contrario; no habría en la especie oposicion de cosa juzgada, puesto que se trata de dos litigios distintos, sino solamente imposibilidad de ejecutar ambas sentencias. El caso más frecuente de conexidad se presenta a propósito del principio según el cual cada una de las partes de un contrato sinalagmático puede pedir su ejecución o su nulidad, revocación o resolución; existe conexidad si uno de los contratantes forma la primera y el otro una de esas otras demandas. Esto ocurre por ej. cuando el vendedor y el comprador están domiciliados en lugares diferentes, y el vendedor demanda al comprador en cobro del precio, en tanto que el comprador demanda al vendedor en nulidad, resolución o revocación de la venta. Si las dos demandas son acogidas sería imposible ejecutar ambas sentencias.

Contrariamente a lo que ocurre con la litispendencia, que supone forzosamente dos procesos ligados entre las mismas partes, la conexidad puede existir cuando hay dos litigios pendientes cada uno entre dos partes distintas, siempre que exista una relación íntima entre ambos procesos. Esto ocurriría por ej. si A demanda a B en cobro de un crédito y luego B es demandado ante otro tribunal por C, que se pretende titular del mismo crédito; aquí existe conexidad, puesto que hay un demandado y dos demandantes distintos relativamente al mismo crédito. [85]

Ante cual tribunal son propuestas. Las declinatorias por litispendencia o por conexidad deben ser propuestas ante el tribunal apoderado en segundo término. El tribunal apoderado en primer término debe retener el conocimiento del proceso; el error del demandante ha consistido, en efecto, en haber apoderado al segundo tribunal. En caso de identidad de los litigios debió abstenerse de incoar una demanda idéntica ante otro tribunal; en caso de proceso conexo con el ya sometido a un tribunal, debió someterlo al primer tribunal apoderado, que es el competente en virtud de una prorrogación legal de competencia.

Si se admite la excepción de litispendencia o la de conexidad, el tribunal está obligado a desapoderarse, pronunciando la declinatoria para ante el tribunal primeramente apoderado. Puede el tribunal pronunciar de oficio el desapoderamiento, si no es solicitado por la parte interesada (art. 28 de la L. 834 de 1978). [86]

(85) H. Solus y R. Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, Tomo II, 1973, pág. 833, y s.

(86) La jurisprudencia francesa ha estatuido en el sentido de que el Art. 100 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés (art. 28 de la L. 834), obliga al tribunal apoderado en segundo término a verificar la competencia del tribunal inicialmente apoderado. Que debe ser casada por violación de esta disposición la sentencia que rechaza la excepción de litispendencia a pesar de

Tribunales de grado diferente. Es controvertida la cuestión de saber si las excepciones de litispendencia y de conexidad pueden ser propuestas cuando los dos tribunales sucesivamente apoderados de procesos idénticos o conexos son el uno del primer grado y el otro del segundo grado de jurisdicción. Respecto de una y otra declinatoria predomina la opinión negativa, fundada en motivos distintos, según se trate de la litispendencia o de la conexidad.

Cuando, en virtud de una apelación, un asunto se encuentra pendiente ante el tribunal del segundo grado y es sometido nuevamente a una jurisdicción del primer grado, lo que procede es oponer a la nueva demanda el medio deducido de la cosa juzgada inherente a la sentencia atacada por la apelación, en vez de oponer la excepción de litispendencia; el único efecto de la apelación es suspender la ejecución de la sentencia impugnada, pero deja subsistente la autoridad de la cosa juzgada por el juez *a-quo*.

Si un asunto pendiente ante una jurisdicción del primer grado es conexo con otro asunto pendiente ante otra jurisdicción del segundo grado, es manifiestamente imposible proponer la excepción de conexidad ante aquella de estas jurisdicciones apoderadas en último lugar. En efecto: las normas que establecen el doble grado de jurisdicción son de orden público, y su violación entraña una incompetencia absoluta.

haber constatado que otra jurisdiccion había sido apoderada anteriormente por una demanda idéntica entre las mismas partes, fundamentándose únicamente en la falta de enrolamiento ante el otro tribunal. (Dijon, 29 de octubre, 1974, D. 1975. Summ. 47 Com. 16, de enero, 1978, Bull. Civ. IV, p. 18, citadas en Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1983, art. 100). V. asimismo la jurisprudencia de la obra citada, en relación con una instancia ante un tribunal extranjero igualmente competente: Civ. 26 de noviembre, 1974. Bull. Civ. I. p. 267 Rev. Crit. de dr. Internac., 1975, 491, nota de Holleaux. Journ. dr. intern 1975, 198, nota de Ponsard; Civ. 1ro. 25 de junio, 1974, Bull Civ. I. p. 172 Journ. dr. intern. 1975, 102, nota de A. Huet. Respecto de la conexidad, se ha estatuído que los jueces del fondo de acuerdo con la ley (art. 101 del Código de Pr. Civil Francés) aprecian soberanamente las circunstancias que establecen la conexidad; que es en el ejercicio de su poder soberano que una corte de apelacion ordena la unión de dos instancias (Civ. 1ro. 9 de octubre, 1974, Bull civ. 1, p. 223). Que, de acuerdo con los términos del citado art. 101 el tribunal ante el cual se propone la excepción de conexidad tiene el deber de investigar si la instancia de la cual fue apoderada presenta, con la instancia llevada ante otro tribunal, un lazo tal que sea de interés para una buena justicia hacerlos instruir y juzgar conjuntamente (Civ. 5 de julio, 1978, Bull civ. II, p. 137 Gaz. Pal. 1978. 2. 624). Dalloz, ob. cit. Art. 101.

De donde resulta que el tribunal del primer grado es incompetente de un modo absoluto para conocer del asunto que se haya pendiente en apelación. Recíprocamente, la jurisdicción del segundo grado es incompetente de un modo absoluto para conocer de un asunto, que no ha pasado por el primer grado de jurisdicción.

El art. 30 de la L. 834 de 1978 consagra esta tesis al establecer expresamente que "cuando las jurisdicciones apoderadas no son del mismo grado, la excepción de litispendencia o de conexidad no puede ser promovida más que ante la jurisdicción del grado inferior".

El art. 31 de la citada ley establece que la excepción de conexidad puede ser propuesta "en todo estado de causa, salvo a ser descartada si ella ha sido promovida tardíamente, con una intención dilatoria".

Tribunales de orden diferente. Las cuestiones de litispendencia y de conexidad no podrían plantearse ante el j. de primera instancia y el T. de Tierras.

Ni la litispendencia ni la conexidad pueden ocurrir jamás en el proceso de saneamiento inmobiliario puesto que, desde que comienza la mensura, esto es desde antes de ser incoado, los tribunales ordinarios se encuentran desapoderados automáticamente de todo litigio inmobiliario en virtud de la regla establecida en el art. 269 de la L. de R. de T.

Después del registro de los derechos inmobiliarios, no podría haber tampoco litispendencia, a causa de la regla establecida en el art. 7 de la L. de R. de T., que atribuye competencia exclusiva al T. de Tierras, para conocer de los litigios relativos a terrenos registrados.

Cuándo deben ser invocadas. Las excepciones de litispendencia y de conexidad tienden a evitar la contradicción de sentencias sobre un mismo proceso o sobre procesos conexos; debería atribuírseles, pues, un carácter de orden público, y admitirse en consecuencia que podrían ser propuestas en las mismas condiciones que la declinatoria por causa de incompetencia absoluta, o sea en todo estado de la causa [87]

(87) Glasson, *Precis*, I, 645.

Ha prevalecido la opinión según la cual estas excepciones tienen un carácter de puro interés privado [88]; no pueden ser propuestas sino por las partes, al comienzo de la instancia, antes de las defensas al fondo y fines de inadmisión [89]; no son admisibles por primera vez en apelación ni en casación. Esta opinión se fundamentaba en los términos del antiguo art. 171 corroborados por el art. 424 para los asuntos comerciales: en los casos de litispendencia y de conexidad, según se expresaba en la citada disposición legal, se podría *pedir y ordenar* la declinatoria, términos que fueron interpretados como significando que la declinatoria debía ser propuesta por las partes y que el juez podía, de oficio, declinar su competencia.

El art. 28 de la L. 834, en lo que respecta a la litispendencia establece que el desapoderamiento puede producirse de oficio por la jurisdicción apoderada en segundo término, cuando las partes no lo han solicitado.

Recursos. Los recursos contra las sentencias sobre litispendencia y conexidad son, de acuerdo con las reglas que se indicarán más adelante, la *impugnación* (contredit) o la *apelación* (art. 32 de la L. 834).

Casos de recursos múltiples. Puede darse el caso de que dos cortes de apelación sean apoderadas de un mismo asunto. La excepción de litispendencia puede ser propuesta por uno de los litigantes por primera vez en apelación. En este caso, de acuerdo con el art. 32 de la mencionada ley, la decisión pertenece a la corte apoderada primeramente, la cual si acoge la excepción, atribuye el asunto a aquella de las jurisdicciones que, según las circunstancias parece mejor colocada para conocerlo. La decisión dictada sobre esta excepción, expresa el art. 33 de la L. 834, sea por la jurisdicción que está apoderada, sea a consecuencia de un recurso, se impone tanto a la jurisdicción de reenvío como a aquella cuyo desapoderamiento fue ordenado. En caso de que las dos jurisdicciones se ha-

(88) Japiot, *Traité élémentaire*, 668; Morel, *Traité élémentaire*, 303.

(89) V. sobre el orden en que deben presentarse las excepciones, el art. 2 de la L. 834.

yan desapoderado (art. 34) la última decisión intervenida será considerada como no pronunciada.

En consecuencia, la declinatoria *se impondrá* a los dos tribunales apoderados: uno de ellos quedará obligatoriamente desapoderado; el otro quedará obligatoriamente competente y no podrá verificar la regularidad de su competencia. [90]

IV–PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES DECLINATORIAS [91]

Cómo son propuestas. De conformidad con las disposiciones de los art. 2, 3 y sig., de la L. 834 de 1978, la excepción de incompetencia, como todas las excepciones de procedimiento debe ser presentada antes de toda defensa al fondo o fin de inadmisión, aún sea ésta de orden público, y simultáneamente con todas las demás excepciones (Casación, 15 de marzo, 1985, B. J. 892, p. 723). Se propondrá mediante conclusiones en audiencia debiendo éstas a pena de inadmisibilidad ser motivadas en indicar la jurisdicción que a juicio del demandante es la competente.

Como se ve, el principio establecido en el antiguo art. 170, especialmente en lo que atañe a la noción de orden público ha sido notablemente restringido. No es posible en lo adelante proponer la incompetencia en razón de la materia en todo estado de la causa, ni por las partes ni de oficio por el juez, puesto que, como se verá más adelante, los poderes de éste han quedado restringidos a los casos específicamente previstos por los artículos 20 y 21 de la L. 834.

La excepción de incompetencia será pues inadmisible cuando se ha concluido al fondo. Las simples reservas formuladas en las conclusiones al fondo no son suficientes para hacer admisible la excepción de incompetencia presentada posteriormente.

(90) Jean Vincent, *Procedure Civile*, pág. 450.

(91) V. H. Solus y R. Perrot, *Droit Judiciaire privé*, Tomo II, nos. 625 a 800. Dalloz, *Encyclopedie juridique*. 2da. ed., Vo *Incompetence*, y la jurisprudencia anotada.

Jean Vincent, *Procedure Civile*, 19na. ed. nos. 325 a 359. Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1983 (Pedit Codes), art. 75 a 99 y la jurisprudencia anotada.

Se admite no obstante que, si la incompetencia resulta de nuevas conclusiones presentadas por la contraparte en el curso del proceso, una declinatoria posterior es admisible siempre que el autor de la declinatoria no haya propuesto conclusiones al fondo sobre estas últimas conclusiones de su adversario, puesto que es posible que la incompetencia quede revelada por dichas últimas conclusiones.

Ningún texto prohibe asimismo, que la excepción de incompetencia sea propuesta en las mismas conclusiones al fondo, siempre que estas últimas se presenten después de la excepción. Por ejemplo, si la excepción se presenta mediante conclusiones principales, y se concluye subsidiariamente sobre el fondo.

Tampoco viola el principio expuesto, la demanda de comunicación de documentos en los casos en que el demandante, por ejemplo, no los comunique expontáneamente (art. 49 de la L. 834), puesto que la demanda de comunicación de documentos, no es una excepción de procedimiento en el estado actual de nuestra legislación (art. 2 de la citada ley).

En virtud de lo dispuesto por el citado art. 2, la excepción de incompetencia deberá proponerse simultáneamente con las demás excepciones de procedimiento que puedan hacerse valer.

Este principio no es totalmente absoluto y podría presentar algunos temperamentos, como sería el caso de la persona beneficiada del plazo para hacer inventario y deliberar.

La excepción de incompetencia por otra parte, debe ser motivada, e indicar con claridad el tribunal que se considera competente (art. 3 de la L. 834). Esta obligación debe ser observada en todos los casos aún cuando se pretenda que la jurisdicción competente es de carácter administrativo, represiva, arbitral o extranjera. Sin conducir a un formalismo excesivo, debe formularse de tal forma que no arroje dudas sobre la jurisdicción que se considera competente.

Este señalamiento por otra parte, no tiene necesariamente que expresarse en el dispositivo de las conclusiones; puede indicarse en los motivos.

De acuerdo con la jurisprudencia francesa, en los casos

en que existe una opción de competencia, el autor de la excepción puede indicar todas las opciones, pero esto es solamente una facultad. No está obligado a enumerar obligatoriamente todas las jurisdicciones posibles.

De acuerdo con la misma jurisprudencia, dicha facultad sólo es reconocida en los casos de *opción legal* de competencia: el autor de la excepción no podría, fuera del caso señalado, proceder a una doble designación, indicando por ejemplo una designación a título principal, y otra a título subsidiario, o indicando una doble designación alternativa, abandonada a la discreción del tribunal.

Sentencia. De conformidad con el sistema establecido por el antiguo art. 172, las excepciones declinatorias debían ser instruidas y juzgadas separadamente, sin que pudieran ser acumuladas al fondo. Esta disposición tenía por objeto proteger el derecho a la apelación. El tribunal debía pues, acoger o rechazar previamente la excepción declinatoria. Se admitía, sin embargo, que si la parte había concluido principalmente sobre la declinatoria y subsidiariamente sobre el fondo, el tribunal podía, por una sola sentencia, rechazar la declinatoria y estatuír sobre el fondo. Específicamente, el art. 425 del C. de Comercio autorizaba al juez a que, por una sola sentencia, desestimara la excepción y dictara sentencia sobre el fondo, en razón de la celeridad que requerían los asuntos comerciales. Igual solución era admitida para los asuntos del j. de paz.

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 4 y 5 de la L. 834 pueden ocurrir dos eventualidades en la sentencia sobre la competencia: que el juez se declare competente, o que se declare incompetente.

En el primero de los casos, esto es cuando el juez rechaza la declinatoria, está facultado para estatuir sobre el fondo en una próxima audiencia que deberá fijarse en un plazo no mayor de quince días, a partir de la audiencia.

Si, usando la facultad que le es atribuída por la ley, el tribunal estatuye únicamente sobre la competencia, la instancia es suspendida hasta la expiración del plazo de quince días establecido para interponer el recurso de impugnación (con-

tredit), según queda establecido por el art. 10 de la citada ley.

El sobreseimiento desde luego no es obligatorio en los casos en que la vía de la impugnación (contredit) no es abierta, como sucede en los recursos contra las ordenanzas sobre referimiento y en materia de divorcio (art. 26 de la L. 834). En estos casos, queda abierta únicamente la apelacion ordinaria.

Pero el tribunal puede, al estatuír únicamente sobre su competencia, resolver accesoriamente una cuestión de fondo del cual depende su competencia. Esta posibilidad está planteada en el art. 5 de la L. 834. En este caso, el tribunal deberá estatuír sobre la competencia y sobre el fondo por disposiciones distintas. La sentencia es susceptible del recurso de impugnación (contredit).

El juez puede, por el contrario, estatuir a la vez sobre la competencia y sobre el fondo del litigio. Esta facultad puede ser ejercida por el tribunal en el caso de que rechace la excepción por infundada; cuando declare ésta inadmisible por irregular o tardía, o en el caso en que se declare competente después de haber examinado el fondo del asunto del cual depende su competencia.

Dos condiciones son exigidas en este caso: 1o. que las partes hayan concluído sobre el fondo, o que el juez haya puesto en mora a las partes de concluir al fondo, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4 de la citada ley; 2o., que se pronuncie sobre la competencia y sobre el fondo por disposiciones distintas, condición ésta que se justifica porque la decisión sobre la competencia es siempre susceptible de apelación, mientras que la decisión sobre el fondo podría ser en única o en última instancia.

Conviene apuntar una diferencia que existe entre la disposición del art. 4 de la L. 834 y el art. 76 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés. La obligacion para el tribunal de poner en mora a las partes de concluir al fondo en una audiencia a celebrarse en un plazo no mayor de 15 días, es una modalidad introducida por el legislador dominicano.

Ciertamente, constituiría una violación al derecho de defensa, si el juez estatuyera sobre el fondo sorpresivamente, sin cumplir con esta condición. De acuerdo con el texto francés, y la interpretación de la doctrina y jurisprudencia, el tribunal o el juez de la puesta en estado podrían ordenar a las partes concluir al fondo, en caso de que éstas no lo hubieran hecho mediante conclusiones subsidiarias que en modo alguno podrían constituir una aquiescencia anticipada a la sentencia sobre la competencia, y siempre que la declinatoria tuviera poca probabilidad de éxito y la instrucción del fondo del asunto pudiera llevarse con rapidez y sin menoscabo del derecho de defensa de las partes. Indudablemente, la disposición agregada por el legislador dominicano parece desnaturalizar el nuevo procedimiento sobre declinatorias encaminado a evitar dilatorias.

Desde luego, el tribunal no está obligado a estatuir simultáneamente sobre la competencia y sobre el fondo, aún cuando las partes hubieran concluido subsidiariamente sobre el fondo. Es una facultad que ejerce el tribunal discresionalmente.

Recursos. Régimen de la L. 834. Como se ha expresado, de acuerdo con los antiguos art. 172 y 425, aplicable este último a la materia comercial, la sentencia pronunciada sobre una excepción declinatoria era siempre apelable, sea cual fuera el valor del litigio en cuanto al fondo (Casación, 18 de febrero, 1949, B. J. 439, p. 81). Esta regla era una derogación al derecho común en virtud del cual las sentencias sobre incidentes son susceptibles del recurso de apelación, según sea o no apelable la sentencia sobre el fondo.

Los art. 6 a 27 de la L. 834 establecen un nuevo régimen respecto de los recursos contra las sentencias sobre declinatorias, que recogen las disposiciones de los art. 75 a 99 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, basadas fundamentalmente en la posibilidad de que el juez pueda en ciertos casos, al retener su competencia, fallar el fondo de la litis por disposiciones distintas

La jurisprudencia francesa, antes de las reformas de los años 1958 y 1960 teniendo en cuenta las necesidades de la práctica judicial y leyes

especiales, e interpretando extensivamente la disposición del antiguo art. 425, aplicaba dicha disposición a otros tribunales de excepción, dejando la disposición del art. 172 únicamente para los tribunales civiles de primera instancia, pero admitía que, en el caso de que el demandado hubiera concluído subsidiariamente al fondo, el juez podía juzgar el fondo en caso de retener su competencia. Se consideraba que, en este caso, el demandado había renunciado a la aplicación del antiguo art. 172.

La necesidad de una legislación que generalizara la disposición del indicado art. 425, produjo los decretos de 1958 y 1960, que modificaron el antiguo art. 172 dejando subsistir la disposición del art. 425.

Sin embargo, estas modificaciones no surtieron en Francia el efecto deseado, ya que por una parte, la jurisprudencia, interpretando los nuevos textos, consideraba que el sobreseimiento para conocer el fondo se imponía en todas las jurisdicciones, con excepción de los tribunales de comercio; y por otra parte, consideraba que el sobreseimiento a estatuir en materia civil era de orden público, y por consiguiente, no se admitía la presunción de renuncia del demandado en caso de conclusiones subsidiarias sobre el fondo.

El Decreto de 1972, cuyas disposiciones en este aspecto adoptó el Nuevo Código, reconoce una más amplia libertad a las partes ya que al proponer la declinatoria pueden subsidiariamente concluir al fondo para el caso de que el juez retenga su competencia y juzgue el fondo, así como al juez, el que puede dentro de ciertas condiciones, dictar una decisión sobre la competencia o estatuir a la vez sobre la competencia y sobre el fondo.

Existen, de acuerdo con las disposiciones de la L. 834 ya citada, dos recursos contra las sentencias sobre declinatorias: *la apelación y la impugnación* (sobre el procedimiento de estos recursos v. infra, libro VIII):

El primero de dichos recursos, la apelación, es reservado a los siguientes casos. 1) Cuando el juez se declara competente y estatuye sobre el fondo (art. 6). En este caso, la apelación podrá interponerse respecto del conjunto de las disposiciones de la sentencia impugnada si ésta es susceptible de apelación respecto del todo, o únicamente respecto de la parte del dispositivo que estatuye sobre la competencia, si la decisión sobre el fondo fuere dictada en última instancia. 2) Cuando se trata de recursos contra las ordenanzas de referimiento, o las que dicte el juez en materia de divorcio (art.

26). 3) Cuando se trate de una incompetencia pronunciada de oficio, en razón de que el asunto es de la competencia de una jurisdicción administrativa (art. 27).

El segundo de dichos recursos, la impugnación (contredit) es reservado para los siguientes casos: 1) Cuando el juez se pronuncia sobre su competencia sin estatuir sobre el fondo del litigio (art. 8). 2) Cuando el juez pronuncia su incompetencia de oficio (art. 22). 3) Cuando el tribunal se declara competente sin estatuir sobre el fondo, pero pronunciándose sobre una cuestión de fondo que atañe a su competencia (art. 8). 4) Cuando el juez se pronuncia sobre su competencia y ordena una medida de instrucción o una medida provisional (art. 8).

Efectos de la sentencia. De acuerdo con el antiguo sistema, cuando el tribunal acogía la excepción, se desapoderaba del proceso, pero sin indicar cual era el tribunal competente. Si desestimaba la excepción, la parte podía, o aceptar la sentencia, y continuar la discusión del fondo del asunto, o apelar.

La L. 834 estableció un régimen que se caracteriza fundamentalmente en los siguientes principios: la jurisdicción apoderada puede siempre verificar su competencia en virtud del principio general según el cual todo tribunal es juez de su propia competencia; el tribunal que se declara incompetente, señala la jurisdicción que considera competente; esta designación se impone a las partes y al juez; cuando el juez al pronunciarse sobre su competencia, resuelve una cuestión fondo del cual depende su competencia, su decisión tiene autoridad de cosa juzgada sobre esta cuestión de fondo; cuando el juez retiene su competencia, esto es, rechaza la excepción, está facultado para juzgar la competencia y el fondo, por disposiciones distintas (art. 7, 14, 23 y 24 de la L. 834).

La incompetencia pronunciada de oficio. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 20 de la citada ley, la incompetencia puede ser pronunciada de oficio únicamente en caso de violación de una regla de competencia de atribución, cuando esta regla es de orden público.

Esta facultad para el juez es excepcional no pudiendo ser ejercida sino en los casos limitativamente establecidos por la ley.

Como ya se expresó, de conformidad con lo establecido por el antiguo art. 170 la incompetencia absoluta podía ser suplida de oficio, en todo estado de la causa. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto por el citado art. 20 de la L. 834, ante la corte de apelación y ante la corte de casación, esta incompetencia "sólo podrá ser declarada de oficio si el asunto fuere de la competencia de un tribunal represivo o de lo contencioso administrativo, o escapare al conocimiento de cualquier tribunal dominicano."

De acuerdo con el art. 21 de la citada ley, en jurisdicción graciosa el juez puede declarar de oficio su incompetencia territorial. En materia contenciosa, sólo podrá declararla cuando se trate de litigios relativos al estado de las personas o en los casos en que se atribuya competencia exclusiva a otra jurisdicción.

De modo pues, que es preciso distinguir los casos de incompetencia de atribución, previstos en el art. 20 citado, de los casos de incompetencia territorial, previstos en el art. 21.

En lo que respecta a la competencia de atribución, el legislador no ha establecido ninguna enumeración, con lo cual ha seguido el sistema implantado por el antiguo art. 170: su único límite es que la regla de competencia de atribución sea de orden público.

Ahora bien: conviene apuntar que, por una parte, la noción de orden público no se refiere al objeto del litigio, puesto que importa poco que éste sea o no de orden público; lo que se tiene en consideracion es el carácter de orden público de la regla de competencia misma.

Es preciso asimismo indicar que la regla de competencia es de orden público cuando se trata de casos de competencia exclusiva; por ejemplo, en los casos de competencia del T. de Tierras, o del j. de paz.

En lo que respecta a su competencia territorial, el juez, en principio, no puede declarar de oficio su incompetencia

más que en los casos limitativamente enumerados por el art. 21 de la L. 834.

Aquí el legislador hace una distinción entre la materia graciosa y la materia contenciosa.

En materia graciosa, dispone el citado art. 21, el juez puede siempre declarar de oficio su incompetencia territorial, pudiendo en consecuencia desestimar cualquier pedimento que se le dirija, si considera que no es territorialmente competente. Esta solución se justifica por la naturaleza misma de la jurisdicción graciosa: la parte requeriente podría elegir en forma arbitraria el juez. La prerrogativa del juez de verificar su propia competencia, se justifica en razón de que no existe contraparte que pueda alegar la incompetencia.

En materia contenciosa sin embargo, la incompetencia territorial solamente puede declararse de oficio en los casos que se refieren al estado de las personas, divorcio, filiación, etc. o cuando la ley atribuye competencia exclusiva a otra jurisdicción (art. 21 de la L. 834).

En el primero de los casos, la regla se justifica al evitar que las partes abandonen su jurisdicción territorial. En el segundo de los casos, no solamente se exige que la regla de competencia territorial sea de orden público sino que además se le otorgue competencia exclusiva a otra jurisdicción.

La incompetencia puede ser pronunciada por los jueces en todo estado de la causa. Esta regla, tradicional en el antiguo derecho, no ha sido expresamente prohibida por las nuevas disposiciones.

Por otra parte, el poder reconocido a los jueces de pronunciar de oficio su incompetencia, no es una obligación, como lo era en el antiguo derecho, sino una simple facultad. Esto resulta de la letra misma del art. 20 que usa la palabra "puede" en lugar de "debe". Pero, independientemente de este argumento que resulta de la letra del citado texto, si fuera una obligación para el juez, el principio que obliga a la parte a presentar la declinatoria *in limine litis* será letra muerta ya que la parte privada de proponer la excepción, podría usar la omisión de los jueces del fondo como un agravio contra la sentencia.

Las consecuencias de la sentencia del tribunal que pronuncia de oficio su incompetencia varían según se trate del juez de primera instancia, de una corte de apelación o la Suprema Corte de Justicia.

En el primero de los casos, esto es, cuando es el juez de primera instancia que pronuncia su incompetencia, éste deberá designar la jurisdicción que estima competente, y esta designación se impondrá a las partes y al juez de envío (art. 24 de la L. 834). Tiene pues carácter imperativo. Unicamente cuando el juez considera que la jurisdicción competente es de carácter administrativo, represivo, arbitral o extranjera, se limitará a declarar que las partes recurrirán a la jurisdicción correspondiente (texto citado). La única vía abierta es la impugnación (art. 22 de la citada ley), a menos que el juez considere que la jurisdicción competente es de carácter administrativo, caso en el cual, por derogación al principio anteriormente citado, sólo podrá interponerse el recurso de apelación (art. 27 de la citada ley).

En el segundo de los casos, esto es cuando la incompetencia es pronunciada de oficio por una corte de apelación o la Corte de Casación, sólo podrá serlo si el asunto fuere de la competencia de un tribunal represivo o contencioso-administrativo, o escapare al conocimiento de los tribunales dominicanos (art. 20 de la citada ley).

Tratándose de la Corte de Casación, su sentencia tendría como resultado anular la de los jueces del fondo que han retenido su competencia. Pero la corte de envío no está ligada por la sentencia de la Corte de Casación, sino en el caso previsto en el párrafo segundo del art. 20 de la L. No. 3726 de 1953 sobre procedimiento de casación. Conviene apuntar no obstante la disposición del párrafo final del citado art. 20, en virtud del cual cuando la sentencia es casada por incompetencia, la Suprema Corte de Justicia dispondrá el envío del asunto por ante el tribunal que deba conocer de él, y lo designará igualmente.

La citada disposición se refiere sin lugar a dudas al caso de incompetencia promovida por las partes, no pronunciada de oficio, puesto que en este último caso, la corte de casación sólo podrá pronunciar de oficio su incompetencia en los casos limitativamente numerados por el art. 20 de la L. 834.

Declinatoria de incompetencia presentada con motivo de una vía de recurso. No obstante las limitaciones señaladas en las declinatorias sobre competencia, es posible que pueda presentarse ésta con motivo de una vía de recurso: apelación, oposición o casación.

En grado de apelación. Debe tratarse de una sentencia reputada contradictoria, ya que si la sentencia de primera instancia ha sido dictada contradictoriamente, la parte que ha comparecido no puede presentar una excepción de incompetencia por primera vez en grado de apelación.

Dentro de las condiciones señaladas, para que esta declinatoria sea admisible, la jurisdicción de apelación debe haber sido regularmente apoderada mediante un recurso de apelación ordinaria contra la sentencia sobre el fondo dictada en primera instancia puesto que ésta no podría ser apoderada mediante un recurso de impugnacion (contredit) ya que no ha estatuído sobre su competencia. Por otra parte, la excepción de incompetencia, en apelación, no podría presentarse sino en caso de que la sentencia sobre el fondo fuera ella misma susceptible de un recurso de apelacion.

Las disposiciones previstas en el art. 2 de la L. 834 son aplicables: la excepción deberá ser presentada simultáneamente con las demás excepciones y antes de toda defensa al fondo, a pena de inadmisibilidad.

Se ha considerado, especialmente por la doctrina francesa que la corte deberá indicar la jurisdicción competente, pese a que la ley sólo prevee el caso en que la incompetencia sea pronunciada de oficio por el tribunal. Sin embargo, se afirma, no existe ninguna razón para que esta regla no pueda aplicarse al caso de que la declinatoria sea promovida por una de las partes.

En un recurso de oposicion. Se trata de la hipótesis en que la sentencia en defecto por falta de comparecer no sea reputada contradictoria. Se admite en este caso que el recurrente en oposición puede proponer la excepción de incompetencia, ya que debe protegerse el derecho de defensa del recurrente.

En un recurso de casación. Como ya se ha expresado, de conformidad con el antiguo art. 170, el medio deducido de la incompetencia de orden público (incompetencia en razón de la materia), podía ser propuesto en todo estado de la causa, y de no ser pedida por la parte, el tribunal debía declinarla de oficio.

Sin embargo, en el estado actual de nuestra legislación, varias son las razones por las cuales podría afirmarse que la incompetencia en un recurso de casación no puede en principio proponerse por primera vez en casación aún se tratara de una incompetencia de orden público.

En primer lugar, por el principio de que ésta debe ser propuesta *in limine litis*, aún tratándose de una incompetencia de orden público (art. 2 de la L. 834). En este sentido la jurisprudencia francesa admite que, en virtud de este principio, la incompetencia no puede proponerse, por primera vez en casación aún cuando se trate de una incompetencia de orden público.

En segundo lugar, el carácter facultativo para los jueces de pronunciar de oficio su incompetencia, hace inadmisible un recurso de casación basado en su omisión.

En tercer lugar, los casos limitados en que esta facultad es ejercida en casación de acuerdo con el art. 20 de la citada ley (materia represiva, contecioso-administrativa, o cuando escapare a la competencia de los tribunales dominicanos).

Es obvio que esta tendencia de la actual legislación está encaminada a evitar la casación de una sentencia por el solo hecho de que haya sido dictada por tribunales incompetentes.

SECCION III–LAS NULIDADES [92]

Generalidades. Según se ha expuesto, la nulidad es la sanción establecida por la ley a las reglas que rigen la forma

(92) Solus y Perrot, *Droit Judiciaire prive*, Tomo I, Nos. 395 y s. Jean Vincent, *Procedure Civile*, Nos. 421, Dalloz *Enciclopedie juridique*, Procedure. Vo. *Nullités*.

de los actos procesales. La *excepción de nulidad* es el medio que debe ser empleado para oponer la nulidad del acto procesal.

Las nulidades de procedimiento han sido reguladas por los arts. 35 a 43 de la L. 834 de 1978, que son una traducción de los arts. 112 y 121 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

Conviene no obstante precisar el alcance del término *actos procesales*, a los cuales se aplican las citadas disposiciones legales.

El régimen de las nulidades se aplica a los actos de procedimiento en el sentido estricto, esto es, todos los actos de procedimiento judiciales o extrajudiciales, preparados por las partes o a nombre de éstas, por los abogados, secretarios, alguaciles, y también las formalidades anteriores a los debates, como por ejemplo, la comunicación al ministerio público.

Entre los actos de procedimiento, se incluyen los actos de alguacil realizados con motivo de una vía de ejecución: embargo ejecutivo, retentivo o inmobiliario. En este último, de acuerdo con los artículos 715, 728 y 729 se establecen normas especiales para proponer los medios de nulidad anteriores y posteriores al depósito del pliego de condiciones. Las normas de los arts. 35 y sig. de la L. 834 son aplicadas pero conciliándolas con el sistema especial del procedimiento de embargo inmobiliario en el que, además de las nulidades, se preveen caducidades en caso de inobservancia de algunos plazos (v. por ejemplo los artículos 674 y 692).

Las nuevas disposiciones contenidas en la citada L. 834 distinguen las nulidades de forma y las nulidades de fondo, distinción que aparece por primera vez adoptada en Francia, por el Decreto del 20 de julio de 1972, incorporadas luego al Nuevo Código [93]

Estas nulidades están regidas por normas y principios diferentes: se considera que una nulidad de forma es menos

(93) V. sobre la distinción entre nulidades de fondo y deforma, *Rev. trim. de der. civ.* 1977, 817, obs. Perrot.

grave que una nulidad de fondo, por cuya razón a esta últimas las rige un estatuto más severo.

Nulidades por vicio de forma. Deben ser propuestas a medida que éstas se cumplen y quedaran cubiertas cuando se ha hecho valer, con posterioridad al acto que se pretende impugnar, defensas al fondo o un medio de inadmisión (art. 35).

Y, en los casos en que un acto de procedimiento adolezca de varios vicios a la vez, estos deben ser propuestos *simultáneamente*, no *sucesivamente*, bajo pena de ser considerada cubierta la irregularidad no propuesta. (Art. 36).

Establece la misma disposición, que la mera comparecencia para proponer la nulidad de un acto de procedimiento no cubre la nulidad. Esta condición creada por el legislador dominicano no contenida en el texto francés correspondiente, no tiene ninguna razón de ser y puede considerarse supérflua, ya que es obvio que el legislador expresamente ha previsto el caso en que la comparecencia del que la invoca cubre la nulidad: cuando este ha hecho valer con posterioridad al acto criticado, defensas al fondo o un medio de inadmisión (art. 35).

Por otra parte, de acuerdo con el art. 38, la nulidad queda cubierta por la regularización ulterior del acto, con la condición de que no se haya producido una caducidad y no subsista un agravio.

En efecto, la parte que ha cometido un error en un acto de procedimiento, puede reparar este error, rehaciéndolo en forma regular, siempre que el adversario no haya sufrido un agravio o que el vicio cometido haya dado lugar a una caducidad.

Ahora bien: dos condiciones deben ser cumplidas para que pueda pronunciarse una nulidad por vicio de forma: que ésta se encuentre sancionada por un texto de ley, a menos que se trate de una formalidad sustancial o de orden público, y que la parte que la propone pruebe el agravio que le causa la irregularidad (art. 37).

En lo que atañe a la primera condición, es preciso distinguir entre las nulidades sustanciales o de orden público y las nulidades secundarias o accesorias (v. supra, libro III, Cap.

III, Sección I). Para estas últimas se exige la sanción en virtud de un texto legal. Para las nulidades accesorias, la aplicación de la regla no representa grandes dificultades, en vista de la exigencia de un texto legal. Sin embargo, la determinación de las formalidades sustanciales no es a veces fácil. La jurisprudencia de la Corte de Casación francesa ha suministrado una definición de la noción del carácter sustancial de una formalidad diciendo que es la que se refiere a su razón de ser y le es indispensable para cumplir su objeto. Esta definición sin embargo, ha sido considerada vaga ya que no abarca otros casos de irregularidades que pueden realmente considerarse como sustanciales. Pero el asunto no tiene mayor interés ya que, sea sustancial, o de orden público el que la invoca deberá de todas formas, probar el agravio que le causa la irregularidad.

En lo que respecta a la prueba del agravio, se trata de un medio impuesto por el legislador para evitar, en lo que atañe a las nulidades de forma, las excepciones puramente dilatorias.

El agravio en muchos casos no es fácil de probar, ya que su apreciación depende generalmente del caso particular.

No obstante la jurisprudencia francesa es firme caracterizando el agravio por ejemplo, cuando se ha violado el derecho de defensa, o cuando se priva a la parte del doble grado de jurisdicción, o cuando habiéndose dictado dos sentencias en la misma fecha y entre las mismas partes, el acto de apelación no indica con precisión cual era la sentencia recurrida.

Como norma general, la Corte de Casación francesa fuera de los casos en que realmente se violan principios fundamentales, es estricta al exigir la prueba del agravio.

Como principio general, cuando se niega pronunciar la nulidad, aún tratándose de una formalidad sustancial, es porque la víctima del error no ha probado haber experimentado un agravio o porque existen en el acto, o en las circunstancias que lo acompañan, que le han seguido o que le han precedido, determinados elementos que han informado en debida forma al destinatario sobre las características indispen-

sables del acto de procedimiento de que se trata. [94].

No es posible enumerar los casos de irregularidades de forma, sino solamente suministrar ejemplos puesto que, contrariamente a lo que ocurre con las nulidades de fondo, su número es ilimitado: la falta o indicación exacta de las enunciaciones relativas a la calidad o identidad de las partes; a la fecha; la falta de indicación del tribunal donde debe comparecer el demandado, del plazo o de la fecha de la comparecencia; la falta de la firma del alguacil en la copia del acto. También han sido considerados como vicios de forma, los actos de procedimiento realizados en una forma distinta de la que impone la ley: la jurisprudencia francesa no obstante, ha considerado ciertos actos que adolecen de estas irregularidades como medios de inadmisión. Como ejemplo se cita el caso de un embargo retentivo hecho mediante una simple carta y no por acto de alguacil. El tercero embargado fue condenado a daños y perjuicios por no haber tenido en cuenta esta oposición. [95]

Nulidades por vicio de fondo. Estas nulidades están regidas por reglas más estrictas que las irregularidades de forma. Contrariamente a estas ultimas, las nulidades por vicio de fondo que pueden afectar los actos de procedimiento son enumeradas por el art. 39 de la L. 834. Son 1o., la falta de capacidad para actuar en justicia; 2o., la falta de poder de una parte o de una persona que figura en el proceso como representante, ya sea de una persona moral, o de una persona afectada por una incapacidad de ejercicio; 3o. la falta de capacidad o de poder de una persona que asegura la representacion de una parte en justicia [96]

(94) V. Casación, 23 de febrero, 1983, B. J. 867, p. 535, 12 de octubre 1983, B. J. 875, p. 3127; 14 de septiembre, 1984, B. J. 886, p. 2377). V. asimismo, sobre las aplicaciones de la jurisprudencia francesa, Dalloz, ob. cit. Nos. 143 y s.

(95) Rev. Trim. de der. civi. 1978, 722, obs. Perrot.

(96) V. respecto de las nulidades de fondo, Casación, 14 de diciembre, 1984, B. J. 889, p. 3323 y s. La Suprema C. de Justicia en este fallo calificó erróneamente como nulidad de fondo, una irregularidad de forma. Se trata de un recurso de apelacion notificado en el domicilio elegido por la recurrida en la instancia anterior, y no en la persona o en el domicilio de dicha parte, en violacion del art. 456 del C. de Pr. Civil, que, aunque se considera una formalidad sustancial no deja por esto de constituír una mera regla de forma, y en el caso particular, la parte que la invocó tenía necesariamente que probar la existencia del agravio que la causo la nulidad.

En cambio, en otra sentencia (v. Casación, 18 de abril, 1983, B. J. 869, p. 960, se ha hecho una correcta aplicación del art. 39 de la L. 834. Se trata en este caso de una nulidad fundada en la falta de capacidad de una persona para representar a otra en justicia no tratándose de un abogado, que es en efecto, una nulidad de fondo. La Corte de Casación además suplió un motivo de derecho al considerar que, contrariamente a lo alegado en apoyo del recurso, la excepción podía ser propuesta en todo estado de la causa, y no simultáneamente con todas las demás excepciones, puesto que la disposición del art. 2 de la citada ley excluye expresamente esta obligación en los casos de nulidades de fondo las que, en virtud del art. 40 pueden ser propuestas en todo estado de la causa, salvo desde luego la posibilidad de condenar en daños y perjuicios a quien se haya abstenido con intención dilatoria de proponerlas con anterioridad.

El primero de los casos se refiere a la capacidad de goce que tienen todas las personas para actuar en una instancia, sea como demandante, demandado o interviniente.

No es solamente que la persona exista, ya que no puede concebirse fácilmente que un proceso sea llevado a nombre de una persona muerta. Como se sabe, el fallecimiento de una persona en el curso del proceso, da lugar a la interrupción de la instancia (v. al respecto, art. 344; infra, **Causas de interrupción**.

En lo que respecta a las personas morales, éstas deben estar dotadas de la personalidad jurídica, que adquieren después del cumplimiento de las normas contenidas en el Código de Comercio (art. 18 a 55) para las sociedades por acciones. o en comanditas; o las disposiciones de la L. 520 de 1920. para las sociedades constituídas sin fines pecuniarios.

Contrariamente al principio expuesto, la jurisprudencia francesa admite para los casos de sociedades de hecho, agrupaciones, etc., que éstas podrán figurar en la instancia por lo menos como demandadas, representadas por los organismos o personas por ellas designadas.

El segundo de los casos citados por el referido art. 39, es de una parte el de la persona que no puede, por sí misma actuar en justicia (menor, interdicto, etc); de otra parte, el caso de las personas físicas o morales, que no han sido regularmente habilitadas para actuar en justicia, como sería la

representación de una sociedad por acciones por una persona sin calidad, o provisto de una nominación irregular, de acuerdo con sus reglamentaciones estatutarias. Podrían citarse los casos del liquidador de una sociedad disuelta, que representa legalmente a la sociedad: la demanda interpuesta por un accionista, actuando individualmente, o por un administrador, sería nula.

A veces es difícil distinguir la falta de poder de la falta de calidad para actuar en justicia. La jurisprudencia francesa ha incurrido en esta confusión en numerosas decisiones. La falta de poder genera una irregularidad de fondo; la falta de calidad constituye una inadmisibilidad. (V. respecto de la jurisprudencia francesa, Civ. 22 de junio, 1978, D. 1978, inf. rap. 496, obs. de Julien).

La persona física afectada de una incapacidad o las personas morales deben actuar por intermedio de su representante legal, pero éste debe además, estar regularmente habilitado para ejercer la correspondiente acción ya sea de acuerdo con las reglamentaciones del Código Civil, en lo que respecta a las personas físicas, o de conformidad con las disposiciones establecidas en sus reglamentaciones estatutarias.

En el tercer caso citado esto es, la falta de capacidad o de poder de una persona que asegura la representación de una parte en justicia, se incluyen los casos de representación *ad litem*. Se trata del caso de una persona, física o moral que, teniendo capacidad para actuar en justicia, es asistida por un representante, sea porque está obligada a ello o porque así lo desee.

Entre nosotros, después de la puesta en vigencia de la L. 91 de 1983 que crea el Colegio Dominicano de Abogados, el monopolio de éstos tiene una extensión mucho mayor siendo excepcionales los casos en que no es obligatorio el ministerio de abogados (v. supra, libro II, Sección II, Cap. VI).

Sin embargo, aunque el poder del abogado para actuar en justicia es de carácter general, éste no se extiende a los casos de aquiescencia, desistimientos, ofertas o consentimientos, inscripciones en falsedad, etc. (art. 352 y s., 218), en los

cuales el abogado ha debido recibir un poder expreso de su cliente.

El mandato ad litem por otro lado, puede finalizar ya sea porque la ejecución de la decisión a intervenir se haya ejecutado, o porque su mandato haya sido revocado (v. respecto, de las condiciones de la revocación, la L. 302 de 1964, sobre Honorarios de los Abogados).

Cabría preguntarse si la enumeración de las nulidades de fondo es limitativa, o si por el contrario, podrían existir otras fuera de las enumeradas por el artículo 39.

La jurisprudencia francesa ha manifestado una tendencia, en varias decisiones, a interpretar en forma extensiva la disposición del art. 117 del Nuevo Código, que ha merecido la crítica de una parte de la doctrina ya que si bien es peligroso dar una interpretación demasiado restrictiva a la mencionada disposición legal, ello podría dar lugar a que no fueran sancionadas ciertas irregularidades que son mucho más graves que una nulidad de forma, como sería por ejemplo el caso de la irregularidad de un acto de procedimiento que violaría el derecho de defensa o el principio de la contradictoriedad. Pero, por el contrario, considerar que la enumeración del mencionado texto legal es simplemente enunciativa, se correría el riesgo, según se afirma, de contrariar la intención del legislador frente a las maniobras dilatorias de los litigantes, al no estar obligados a justificar el agravio.

A diferencia de las nulidades por vicios de forma, las irregularidades de fondo pueden ser propuestas en todo estado de la causa, salvo la posibilidad para el juez de condenar a daños y perjuicios a quien se haya abstenido de invocar la irregularidad con intención dilatoria (art. 40 de la L. 834). Esto quiere decir que si la parte que invoca la nulidad por vicio de fondo mucho tiempo después de haber tenido conocimiento de ella, ha demostrado actuar con intención dilatoria, permitiría al tribunal condenarla a daños y perjuicios.

Por otra parte, las nulidades por irregularidades de fondo no están sometidas a las mismas condiciones que las irregularidades de forma. En primer lugar, la parte que la invoca no tiene que probar el agravio que le causa la irregularidad,

como ocurre con las nulidades de forma (art. 40 de la L. 834), aunque dicha irregularidad no resultare de ninguna disposición expresa.

Otra de las características de las nulidades de fondo es que el juez debe suplirlas de oficio cuando tienen un carácter de orden público (art. 42). Agrega dicha disposición legal que en los casos de nulidades por falta de capacidad de actuar en justicia, el juez puede suplir de oficio esta irregularidad.

A propósito de la citada disposición legal se observa que, en el primer párrafo se expresa que cuando las nulidades de fondo tienen un carácter de orden público, el juez *debe* suplirlas de oficio; en cambio, cuando se trata de una nulidad de fondo resultante de la falta de calidad para actuar en justicia, la citada disposicion expresa que el juez *puede* suplirla de oficio. Esta terminología, que no parece clara, ha dado lugar en Francia, a que una parte de la doctrina considere que en el primero de los casos se trata de una obligación para el juez; mientras que en el segundo se trata de una facultad. La diferencia de tratamiento podría derivarse de que en el caso previsto en la primera parte del citado art. 120 del Nuevo Código, equivalente al art. 40 de la L. 834, se trata de nulidades de orden público, mientras que en el caso de la falta de capacidad, la regla no es de orden público. Pero este razonamiento no es absolutamente cierto, ya que la falta de capacidad de actuar en justicia puede ser de orden público como sería el caso de la minoridad, por ejemplo.

Lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia francesa han explicado con claridad la razón de ser de esta diferencia de tratamiento.

Otra característica de las nulidades por irregularidades de fondo es la posibilidad de que éstas sean cubiertas (art. 43). La citada disposición legal expresa que "en el caso de que es susceptible de ser cubierta, la nulidad no será pronunciada si su causa ha desaparecido en el momento en que el juez estatuye".

Con esta disposición legal, el legislador ha querido evitar que la nulidad actúe automáticamente, de tal forma que será imposible evitar la declaratoria de nulidad pese a que ésta en

el curso de la instancia, haya desaparecido. Por ejemplo un menor, incapaz al inicio de la instancia, puede perfectamente llegar a su mayoría y ostentar la capacidad para actuar en justicia, antes de que el juez estatuya.

Efectos de las nulidades. Como se ha expresado, cuando la nulidad ha sido pronunciada, el acto queda desprovisto de sus efectos y considerado como no hecho, La nulidad puede por otra parte tener efectos sobre actos posteriores, cuando éstos tienen un lazo de dependencia y no pueden concebirse sin él.

Por otra parte, la nulidad de un acto puede tener efectos sobre el fondo del derecho: es el caso de la nulidad de un acto de apelación, ya que generalmente el plazo para interponer el recurso ya ha expirado.

Sentencia. La ley no exige, como sucedía en el sistema del C. de Pr. Civil para las declinatorias, que la excepción de nulidad sea juzgada separadamente: el tribunal puede, por la misma sentencia que rechaza la nulidad, estatuir sobre el fondo.

La sentencia es apelable solamente cuando fuese apelable la sentencia a intervenir sobre el fondo.

SECCION IV–LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

§ I–PRINCIPIOS GENERALES [97]

En qué consisten. Son dilatorias las excepciones que tienden a que una de las partes obtenga un plazo que le per-

(97) Conviene recordar la disposición del art. 2 de la L. 834 de 1978, en virtud de la cual las excepciones deben ser presentadas simultáneamente a pena de caducidad. Aunque las excepciones dilatorias no han sido objeto de modificaciones, el principio del art. 2 mencionado es de carácter general, aplicable también a las excepciones dilatorias. Es indudable que la aplicación de este principio podria tropezar con inconvenientes en relacion con la excepción dilatoria para hacer inventario y deliberar, ya que el heredero, por ejemplo, tendría un plazo de 3 meses y 40 d¿as, situación ésta que podría dar lugar a interpretaciones sobre el derecho del heredero de presentar, una vez transcurrido el plazo que le favorece, otras excepciones. En Francia este asunto ha quedado resuelto con la disposición del art. 111 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés en cuya virtud el beneficiario de un plazo para hacer inventario y deliberar tiene la facultad de proponer sus otras excepciones después de expirado este plazo (v. Jean Vincent, *Procedure Civile*, p. 62).

mita adoptar una decisión (supra, Libro IV, Tit. II, Cap. II). Durante ese plazo el proceso es suspendido.

Cuáles son. El C. de Pr. Civil regula el ejercicio de dos excepciones dilatorias: la primera, por el art. 174, está fundada en el derecho que tienen la mujer común en bienes después de la disolución de la comunidad, y el heredero, de hacer inventario y deliberar; la segunda, es la concedida al garantizado para citar en causa a su garante por los arts. 175 a 185.

Algunos autores [98] sostienen que el art. 1225 del C. Civil consagra una tercera excepción dilatoria, que no podría confundirse con la excepción de garantía, en favor del heredero del deudor, demandado en ejecución de una deuda indivisible, para solicitar un plazo a fin de poner en causa a sus coherederos.

§ II–EXCEPCION PARA HACER INVENTARIO Y DELIBERAR

Heredero. El heredero puede optar, con respecto a la herencia, entre estos tres partidos: aceptar simplemente; renunciar; aceptar bajo beneficio de inventario. Goza de este derecho durante el plazo de la prescripción (art. 789 del C. Civil).

El plazo de tres meses para hacer inventario, al que sigue el de cuarenta días para deliberar, comienza a correr a partir del momento de la apertura de la sucesión. Si el heredero, mientras transcurre uno de estos plazos, es demandado en ejecución de una obligación que le incumbe como tal, él puede obligar al demandante a detener el procedimiento hasta que decida si acepta o no la sucesión, alegando que se encuentra dentro de los plazos para hacer inventario y deliberar (Casación, 26 de octubre de 1938, B. J. 339, p. 621). Estos plazos pueden ser prorrogados por el tribunal.

El heredero no puede oponer la excepción dilatoria de que se trata si, con anterioridad a la demanda, se ha decidido

(98) Glasson y Tissier, *Traité*, I, 231.

a renunciar, a aceptar bajo beneficio de inventario, o a aceptar simplemente.

Si es demandado después que han transcurrido esos plazos, el heredero no puede tampoco oponer la excepción dilatoria; tiene que decidirse inmediatamente por uno de los tres partidos indicados.

Esposa común en bienes. Dentro de los mismos plazos la mujer común en bienes puede decidirse entre aceptar la comunidad, o renunciar.

Si, mientras corren esos plazos, la mujer es demandada, ella puede oponer al demandante, de acuerdo con el art. 174, la excepción dilatoria fundada en su derecho de hacer inventario y deliberar, a fin de decidirse a aceptar o a renunciar. Es necesario que la demanda haya intervenido mientras corren esos plazos, y que la mujer no haya optado todavía. Después de transcurridos los plazos indicados se presume la aceptación de la comunidad, si la mujer no ha renunciado expresamente, salvo el caso de que la disolución haya sobrevenido a consecuencia de una separación de bienes.

Procedimiento. Esta excepción dilatoria se propone, en los asuntos civiles y comerciales, y ante el j. de paz, por conclusiones en audiencia.

Sentencia. La sentencia que acoge o desestima la excepción es o no susceptible de apelación según que lo sea o no la sentencia a intervenir sobre el fondo. El juez puede, cuando rechace la excepción, decidir el fondo.

§ III–EXCEPCION DILATORIA DE GARANTIA

Obligación de garantía. La garantía es la obligación de proteger a una persona a quien se ha transferido un derecho, real o de crédito, contra las turbaciones que pueda experimentar en el ejercicio de ese derecho, y de indemnizarla por los perjuicios que puede sufrir con ese motivo (arts. 1626 y s., 1693 y s. del C. Civil). Hay también obligación de garantía cuando varias personas se hallan obligadas a la misma deuda, sea conjuntamente, sea como deudor principal y como fiador, y una de ellas es perseguida en cobro de lo que no

debe pagar o de una cantidad mayor de la que debe pagar, los otros codeudores deben la garantía al deudor perseguido (arts. 1213 y s., 2028 y s., 2033 y s. del C. Civil). Asimismo existe la obligación de garantía entre los copartícipes que se dividen (arts. 884 y s., 1476 y 1872 del C. Civil).

Garante es la persona obligada a la garantía; *garantizado o garantido* es la persona que tiene derecho a la garantía. En una venta, por ej., el vendedor es garante y el comprador es garantizado. En materia de fianza, el garantizado es el fiador, porque él tiene derecho de accionar al deudor principal cuando se le quiere constreñir al pago; en cambio, el deudor principal es el garante.

La obligación de garantía puede manifestarse procesalmente bajo tres formas: como medio de defensa; como acción principal, como excepción dilatoria.

La garantía como defensa. Por lo mismo que el garante debe abstenerse de todo acto que tienda a despojar o a turbar al garantido, resulta que cuando el garante intenta contra éste un proceso que en cualquier forma tienda a una de esas finalidades, el garantido puede proponer la garantía en la forma de una defensa al fondo, a la que el derecho civil llama impropiamente *excepción de garantía: quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Como cualquiera otra defensa, ésta puede ser invocada en todo estado de causa, en tanto que, como se verá en seguida, la demanda incidental en garantía intentada por el garantido contra el garante, y la excepción dilatoria de garantía opuesta por el garantido al tercero que litiga con él, están sujetas a determinados plazos.

Garantía principal; garantía incidental. Como demandante, el garantido puede hacer valer su derecho a la garantía de dos maneras: o intentando contra el garante, después que se haya consumado la evicción, una demanda principal e introductiva de instancia; o incoando contra el garante una demanda en intervención en el curso del proceso que lo amenaza con la evicción.

La primera forma de proceder no es recomendable, ya que presenta serios peligros para el garantizado: es lenta,

complicada y costosa, supone que el garantido intenta como demandante un proceso contra el garante como demandado, después de haber sucumbido como demandado o como demandante en el proceso incoado por o contra el tercero a propósito del derecho objeto de la garantía; además, el garantido se expone a sucumbir en su acción principal en garantía, después de haber sucumbido en el proceso entre él y el tercero, si el garante demuestra que no empleó en el primer proceso los medios que hubieran evitado la evicción.

Por esas razones es preferible la garantía incidental, esto es la demanda que intenta el garantido contra el garante en el curso del proceso que lo pone en peligro de sufrir la evicción.

Diferencias. Existen diferencias importantes entre la garantía principal y la garantía incidental: la primera es de la competencia del tribunal del domicilio del demandado, en tanto que la segunda es de la competencia del tribunal apoderado de la demanda principal; si el garantido sigue el camino de la garantía principal hay necesariamente, como se ha expuesto, dos procesos y dos sentencias sucesivos, en tanto que en la garantía incidental hay un solo proceso, que puede resolverse por una sola sentencia.

Excepción de garantía. Al ejercer su acción en garantía bajo la forma de demanda incidental, el garantido es necesariamente, en este proceso accesorio, un actor con relación al garante, y es, según las circunstancias, demandado o demandante con respecto a la parte de quien teme que le infiera la evicción en el proceso principal. Ejemplos: el comprador accionado en reivindicación es demandado en el proceso principal y demandante en el proceso incidental en garantía incoado contra el vendedor, su garante; el cesionario que persigue el cobro del crédito que le fue cedido es demandante en el proceso principal incoado contra el deudor cedido y también demandante en la demanda incidental en garantía incoada contra su garante, el cedente.

Cuando el garantido cita en garantía a su garante, él puede oponer a su contraparte la excepción dilatoria de garantía, tendiente a obtener la suspensión del procedimiento hasta que el garante comparezca.

Plazo. Para los asuntos civiles, el art. 175 prevé solamente el caso, que es el más corriente, de que la demanda en garantía es intentada por la parte demandada en lo principal, y le imparte al efecto un plazo de octava a partir de la demanda originaria, aumentable por razón de la distancia existente entre su domicilio y el del garante. Pero, como se ha expuesto, la demanda incidental en garantía puede emanar también del demandante en el proceso sobre lo principal. Se admite generalmente que él tiene, para intentar la demanda en garantía, un plazo de octava a partir de la fecha en que la defensa del demandado exija la interposición de esa demanda.

En materia civil, el plazo tendrá como punto de partida el día de la audiencia; en este caso es prudente que el demandante que cree tener derecho a citar en garantía lo declare en la misma audiencia a fin de que el tribunal no estatuya en seguida acerca de la demanda principal. Igual regla es aplicable en el procedimiento comercial; el plazo para citar en garantía es de un día franco.

En caso de pluralidad de demandados en garantía, el art. 175 dispone que "no habrá sino un sólo término para todos, el cual se arreglará según la distancia del lugar de la residencia del garante más apartado".

En caso de subgarantía, esto es cuando el garante crea tener derecho a citar a otro en garantía, la demanda tiene que ser incoada, según lo dispone el art. 175 para las materias civiles, en el mismo plazo de octava a contar de la fecha de la demanda en garantía.

Cuando el demandado originario con derecho a la garantía se encuentra dentro de los plazos para hacer inventario y deliberar, el art. 177 dispone que el plazo para interponer la demanda en garantía no comienza a transcurrir sino desde el día de la expiración de aquellos plazos.

El art. 32 dispone que el plazo para interponer la demanda incidental en garantía ante el j. de paz es fijado en la audiencia en que surge el incidente.

La expiración del plazo impartido al garantido para intentar la demanda en garantía no lo priva del derecho de intentarla posteriormente; la ley, en efecto, no pronuncia la ca-

ducidad. En cambio, si no forma su demanda en ese plazo, el garantido pierde el derecho de oponer a la otra parte la excepción dilatoria de garantía, que tiende, como se ha expuesto, a suspender el procedimiento hasta que expire el plazo de comparecencia del garante.

Procedimiento. La demanda incidental en garantía se intenta por citación notificada al garante, en las formas ordinarias. Con la citación deberá darse copias de la demanda originaria o del acto que ha hecho necesaria la demanda en garantía, y de los otros documentos en que el garantido funda su demanda.

La excepción dilatoria de garantía es propuesta, en los asuntos civiles, por acto de abogado a abogado, por el que el garante hace saber a su contraparte en el proceso sobre lo principal que se ha llamado al garante en causa y le intima a aguardar la expiración del término de la comparecencia del garante antes de proseguir las actuaciones. Si la contraparte del garantido cree que la demanda en garantía es infundada o improcedente, lo hará saber al garantido igualmente por acto de abogado a abogado.

El art. 180 expresa que este incidente es juzgado sumariamente. Sin embargo, esta disposición legal ha sido implícitamente modificada por la L. 845 de 1978. En consecuencia, la excepción dilatoria de garantía, en el estado actual de nuestra legislación será juzgada de conformidad con las reglas establecidas para la materia civil.

Garantía simple, garantía formal. Desde el punto de vista de las obligaciones impuestas al garante, los arts. 182 y s. dividen la garantía en garantía *simple,* que es la que se debe en materia personal, y garantía *formal,* que es la que se debe en materia real inmobiliaria. Ejemplos: hay garantía simple cuando el codeudor solidario, demandado en cobro del total del crédito, cita en garantía a sus codeudores; hay garantía formal cuando el comprador, demandado en reivindicación, cita en garantía a su vendedor.

En la garantía formal. Dos obligaciones incumben al garante en esta materia, de acuerdo con los arts. 182 y s.: proteger al garantido contra cualquier peligro de evicción,

total o parcial defendiéndolo en el proceso en que se ve amenazado con esa evicción, cuando se ha realizado no obstante la defensa del garante o por causa de no haberle defendido. [99]

Carácter de esas obligaciones. La primera obligación del garante, la de proteger al garantido contra la evicción, es manifiestamente indivisible. Al fallecimiento del garante, pues, cada uno de sus herederos puede ser citado en garantía como si esa obligacion le incumbiera exclusivamente. La segunda obligación, de indemnizar al garantido, es, por el contrario, divisible, lo mismo que cualquiera otra obligación de pagar una suma de dinero. Si el garantido cita en garantía colectivamente a los herederos, la condenación se repartirá entre todos; si, por el contrario, él llama en garantía a uno solo de los herederos, éste puede, de acuerdo con el art. 1225 del C. Civil, pedir plazo para encausar a sus coherederos, a fin de que la condenación que pueda intervenir se distribuya entre todos.

Alternativas. En la garantía formal, el garantido puede optar entre los siguientes partidos, de acuerdo con los arts. 182 y s.: 1o., permanecer en causa; 2o., hacerse desencausar, o sea, hacerse relevar de la demanda, 3o., permanecer en causa para la conservación de sus derechos.

Permanecimiento en causa. Cuando se limita a citar al garante simplemente para que le ayude a rechazar la demanda y para ser condenado a indemnizar si la evicción se consuma, el garantido desempeña dos papeles: es demandado, o demandante, según los casos, en el proceso sobre lo principal; es demandante en el proceso relativo a la garantía.

Desencausamiento. Conforme al art. 182, el garantido puede requerir, antes de la primera sentencia, ser simplemente desencausado. El proceso continúa entonces como si, desde un principio, hubiera sido intentado por el tercero contra el garante. Con esta opción, dispone el art. 185, el garantido evita el pago de las costas procesales, aunque el garante sea insolvente. A pesar de hallarse relevado de la demanda, el ga-

(99) Sobre las condiciones para el ejercicio de la acción en garantía v. Casación, 30 de agosto de 1956, B. J. 553, p. 1820–1837.

rantido está representado en el proceso por el garante; la sentencia pronunciada contra el garante, el vendedor por ej., tiene, en efecto, autoridad de cosa juzgada y es ejecutoria contra el garantido.

Asistencia conservatoria. Es posible que el garante (el vendedor en el ejemplo anteriormente puesto) se defienda mal, o hasta que se entienda fraudulentamente con el tercero reivindicante. Esta eventualidad presenta un serio peligro para el garantido.

Para evitarlo, el garantido puede, de acuerdo con el art. 182, al mismo tiempo que solicita su desencausamiento, declarar que permanece en el proceso para la conservación de sus derechos. A primera vista resultan contradictorias esas dos posiciones; pero, en realidad, son perfectamente conciliables. Esta tercera opción pone al garantido en condiciones de seguir de cerca la marcha del procedimiento, a fin de evitar toda actuación que pueda resultarle perjudicial. Si el garante, por negligencia o por colisión con la contraparte del garantido, se defiende mal en el proceso, este último podrá notificar a las otras partes que reasume su defensa, y con ello volverá a estar presente en el procedimiento, en condiciones por lo tanto de proponer los medios de defensa que el garante haya omitido.

Otra ventaja de esta tercera opción es que el tribunal podrá por una sola sentencia,estatuir simultáneamente sobre la demanda principal y sobre el recurso en garantía. Por el contrario, si el garantido hubiera escogido la segunda opción, pidiendo simplemente que se le dejara fuera del proceso, la sentencia dictada en provecho del tercero reivindicante no podrá estatuir acerca de la indemnización que se le debiera a causa del perjuicio que le causa la evicción. Para reclamar esa indemnización, el garantido tendría que intentar contra el garante una demanda principal e introductiva de instancia.

Derechos inmobiliarios registrados. Si un certificado de título es impugnado por vicio de forma, por incapacidad o por falta de derecho del vendedor, se estaría en presencia de un litigio sobre derecho inmobiliario registrado del que conoce el T. de T., en virtud de lo que dispone el art. 7 de

la L. de R. de T. Si se admite que el demandado puede for mar en este caso una demanda incidental en garantía contra su causante, el T. de T. sería competente para conocerla en virtud de las disposiciones contenidas en los arts. 7 y 8 de la L. de R. de T.

Oposición del reivindicante. No obstante el carácter puramente real de la acción en reivindicación, es posible que el reivindicante posea un derecho de crédito contra el garantido, por ej. por causa de degradaciones cometidas sobre el inmueble, o por restitución de frutos En estos casos, teniendo el garantido una obligación personal frente al demandante, éste puede exigir, de acuerdo con lo previsto en los arts. 182 y 185, que aquél permanezca en el proceso a fin de que se oiga condenar al pago de esas indemnizaciones o a la prestacion de esas restituciones.

En la garantía simple. En esta materia, la única obligación del garante es la de indemnizar al garantido, y el único derecho del garantido es el de hacerse indemnizar.

El garante no puede asumir el hecho y causa del garantido; éste conserva su posición originaria en el proceso principal, que está ligado a su contraparte por un lazo obligacional, de acreedor si es demandante, de deudor si es demandado. Ejemplo de demandante en lo principal que también es demandante en garantía: A, cesionario de un crédito de B contra C, demanda en cobro a C, y éste le opone la nulidad de su obligación, y entonces A, demandante originario, cita en garantía a B, su cedente. Ejemplo de demandado que es demandante en garantía: A, acreedor de D, quien tiene como fiador a F, demanda en cobro a F, y éste cita en garantía a D, deudor principal. En ambas hipótesis, el único interés del garantido (A en el primer ejemplo, F en el segundo ejemplo), frente al garante (B en el primer ejemplo, D en el segundo ejemplo) es que la misma sentencia que decida sobre lo principal lo condene a indemnizarle el perjuicio que resulta del rechazamiento de su demanda en el primer ejemplo, de su condenación en el segundo ejemplo.

Desglose de causas. El proceso principal y el relativo a

la demanda incidental en garantía quedan reunidos en una sola instancia, y, si se encuentran terminados simultáneamente, el tribunal decide sobre ambos por una sola sentencia. Pero cuando la demanda incidental en garantía pueda acarrear retardos en la instrucción del asunto principal, a causa de la presencia de incidentes de cualquier clase, la contraparte del demandante en garantía puede, según lo dispone el art. 184, pedir el desglose o separación de las dos causas, a fin de que el tribunal se pronuncie previamente acerca de la demanda principal, quedando apoderado solamente de la demanda en garantía.

Sentencia. Si son acogidas las pretensiones del garantido contra su contraparte y contra el garante, hay que distinguir entre la garantía simple y la garantía formal. En la primera, la sentencia condena al garantido frente a su contraparte y condena al garante a indemnizar al garantido. Ejemplo: el fiador es demandado en cobro, y llama en garantía al deudor principal. la sentencia condena al fiador a pagar al acreedor, y al deudor principal a indemnizar al fiador. En la garantía formal, de acuerdo con el art. 185, la sentencia condena a la contraparte del garantido en favor de éste o del garante según que el garante haya asumido o no el hecho y causa del garantido. El pago de la indemnización por los perjuicios experimentados por el garantido es pronunciado contra el garante. Las costas pueden quedar a cargo del garantido cuando él ha permanecido en causa y el garante es insolvente. Cuando el garantido obtiene su desencausamiento pero permanece en el proceso para la conservación de sus derechos, él soporta las costas de su permanencia en la causa. La condenación principal, por ej. al abandono del inmueble, es pronunciada contra el garante. Las costas pueden quedar a cargo del garantido cuando él ha permanecido en causa y el garante es insolvente. Cuando el garantido obtiene su desencausamiento pero permanece en el proceso para la conservación de sus derechos, él soporta las costas de su permanencia en la causa. La condenación principal, por ej. al abandono del inmueble, es pronunciada contra el garantido que ha permanecido en causa, contra el garante si el garantido se ha hecho

desencausar; pero, como se ha expuesto, la sentencia tiene autoridad de cosa juzgada contra el garantido, y es ejecutoria contra él.

Cuando el garante demuestra haber cumplido su obligación y sucumbe la contraparte del garantido, ésta debe pagar la totalidad de las costas, incluso las relativas a la demanda incidental en garantía, porque su actitud, al incoar la demanda, o al presentar la defensa, según que sea demandante o demandada, ha sido la causa de la demanda en garantía.

Cuando triunfa la contraparte del garantido éste es condenado al pago de las costas, tanto en relación a su contraparte como frente al garante, puesto que ha sucumbido frente a ambos.

Recursos. La sentencia intervenida en esta materia puede ser impugnada mediante los recursos correspondientes, conforme al derecho común (infra, Libro VIII).

Cuando el garante ha asumido la defensa del garantido, concluyendo por consiguiente contra el contrario de éste, el garantido puede recurrir contra la sentencia, aunque haya sido dictada contra el garante, puesto que él ha sido representado en la causa principal. Si ha habido colusión entre la contraparte del garantido y el garante que ha asumido su causa, el garantido no es representado por el garante, puesto que este es culpable de un fraude. En ese caso el garantido viene a ser un tercero, y puede atacar la sentencia mediante la tercería. (infra, libro VIII) pero no podría apelar, ya que no fue parte ni estuvo representado en la causa principal.

CAPITULO II–LA PRUEBA Y SUS INCIDENTES

SECCION I–PRINCIPIOS GENERALES

Concepto. La prueba es el medio o procedimiento que sirve para demostrar "la verdad de una proposición o la realidad de un hecho" [100] Su estudio constituye una rama im-

(100) Z. Bonnier, *Traité des preuves*, 5a., ed., 1 Glasson y Tissier, *Traité*, 552.

portantísima del derecho procesal, que algunos autores designan como derecho probatorio [101]. Las normas relativas a la prueba desempeñan un papel esencial en el mecanismo del proceso. En todo proceso, en efecto, la tarea principal de las partes consiste en demostrar la existencia de ciertos actos o hechos que han creado, modificado o extinguido la situación jurídica objeto de controversia.

La palabra prueba es también empleada para designar, tanto los *elementos de convicción* obtenidos en el procedimiento probatorio, como la *convicción* que el juez adquiere después de verificado este procedimiento.

Regla jurídica. La regla de derecho contenida en la ley nacional no es objeto de prueba; es *alegada* ante el juez a quien se le pide su *interpretación*.

Si la regla jurídica resulta de una costumbre, su existencia puede ser probada por los medios ordinarios.

En principio, la norma jurídica resultante de una ley extranjera debe ser probada por la parte que la invoca (v. Casación, 29 de mayo de 1935, B. J. 298, p. 168; 23 de enero de 1941, B. J. 366, p. 7). Sin embargo, la ley de cada uno de los países que suscribieron la Convención de derecho internacional privado de La Habana, de 1928, debe ser aplicada de oficio en los casos que procedan, y puede ser invocada ante los tribunales de los demás países signatarios. De acuerdo con los arts. 409 y s. de este Código, la parte interesada podrá justificar el texto invocado mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate; si no lo hace, el tribunal podrá solicitar, por la vía diplomática, la información necesaria acerca del texto de la ley.

Legislación. Las reglas de la prueba se encuentran contenidas en los arts. 1315 y s. del C. Civil, a propósito de la prueba de las obligaciones. El C. de Pr. Civil las ha completado con disposiciones que reglamentan ciertos modos de prueba no previstos en el C. Civil (inspección de lugares y otros), y determinan los procedimientos a seguir para la administración de las pruebas (confesión, prueba literal, prueba testi-

(101) Chiovenda, *Ensayos*, trad. de Sentís Melendo, I, 395.

monial, peritaje, etc). Los art. 60 a 100 de la L. 834 de 1978 reglamentan el procedimiento para el informativo y la comparecencia personal. (102)

Cómo es administrada. La prueba escrita y la prueba por presunciones son administradas sin necesidad de procedimiento especial: la primera con el depósito de los documentos en secretaría; la segunda por el examen que hace el juez de las circunstancias alegadas como constitutivas de la presunción.

En lo que concierne a los demás medios de prueba, o cuando hay controversia acerca de la prueba escrita o de la existencia de los hechos alegados como fundamento de las presunciones, el tribunal tiene que recurrir a un procedimiento para que la parte interesada ponga a su alcance los elementos constitutivos de la prueba que invoca. Este procedimiento consiste en dictar una sentencia de *instrucción*, por la que el tribunal prescribe una medida: información testimonial, verificación de un escrito, comparecencia personal, peritaje, etc., según las circunstancias. Estas medidas de instrucción se practican, según los casos, o ante el tribunal, o ante un juez comisario.

Carga de la prueba. El art. 1315 del C. Civil, colocado en el punto de vista de la prueba de las obligaciones, enuncia acerca de la carga de la prueba dos reglas correlativas: "El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla". "Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación". En el terreno procesal esas reglas significan, en primer término, que el demandante debe probar los hechos y actos que alega en apoyo de su demanda, y, en segundo término, que el demandado debe probar los hechos y actos que alega en apoyo de su defensa o de los medios de inadmisión y excepciones que opone al demandante (Casación: 23 de marzo de 1923, B. J. 150-152, p. 75; 29 de octubre de 1938,

(102) **La doctrina critica esta distribución de las reglas de la prueba: todas las pruebas son materia de procedimiento, y deberían por lo tanto ser tratadas en el C. de Pr. Civil. (Glasson y Tissier, *Traité* II, 592).**

B. J. 339, p. 647, 3 de diciembre de 1947, B. J. 449 p. 803; 29 de octubre de 1951, B. J. 495, p. 1357; 21 de marzo de 1956, B. J. 548, p. 628). Si el demandante no suministra la prueba de los actos y hechos que sirven de fundamento a su demanda, el juez debe absolver al demandado; inversamente, si el demandado no prueba el fundamento de sus medios de defensa o de sus medios de inadmisión y excepciones, la demanda tiene que ser acogida. En otros términos: la carga de la prueba incumbe a quien alega un hecho nuevo contrario a la situación adquirida por su contraparte. El litigante que se limita a negar los hechos invocados contra él no está obligado a suministrar ninguna prueba.

Cuando los actos o hechos alegados por una de las partes no son contestados por la otra parte, el tribunal debe considerarlos como probados, a menos que se trate de un proceso relativo a una materia que interese al orden público, en que no es posible el acuerdo de las partes.

Hechos negativos. La regla general contenida en el art. 1315 del C. Civil se aplica igualmente a la prueba de los hechos negativos como a la de los hechos positivos. El hecho negativo, ciertamente, es más difícil de probar que el hecho positivo. Pero, salvo si se trata de un hecho indefinido o absoluto, por ej. que un individuo no ha estado jamás en un cierto lugar, la prueba del hecho negativo se resuelve siempre en la prueba de un hecho positivo: la prueba de que tal día un individuo no estuvo en un lugar determinado resulta de la prueba de que en el transcurso de ese día el individuo de que se trata permaneció en otro lugar.

Presunciones legales. Las reglas anteriormente expuestas sobre la carga de la prueba sufren modificaciones cuando existe una *presunción legal*, esto es cuando la ley da un hecho por establecido (art. 1350 y s. del C. Civil. Casación, 30 de marzo de 1954, B. J. 524, p. 584). Algunas presunciones legales admiten la prueba contraria; se las llama presunciones *iuris tantum*. Otras no la admiten; se las llama presunciones *iuris et de iure*. Por otra parte, las presunciones legales pueden ser *absolutas*, esto es existentes respecto de todos, o *relativas*, cuando producen efectos solamente entre algunas per-

sonas. Estas dos categorías de presunciones legales no coinciden: una presunción legal *iuris et de iure* puede ser relativa. Así, la presuncion legal de verdad de la cosa juzgada, inherente a la sentencia después que han expirado los términos para impugnarla, es *iuris et de iure*, tanto en materia civil como en materia penal, puesto que no admite la prueba contraria; pero es *relativa* en materia civil (art. 1351 del C. Civil), en tanto que, en materia penal, es *absoluta*.

Cuando una parte demuestra la existencia en su favor de una presunción legal que admite la prueba contraria (*iuris tantum*), la carga de la prueba incumbe a su contraparte. Cuando se alega una presunción legal que no admite prueba contraria (*iuris et de iure*), el hecho implicativo de la presunción es tenido como legalmente probado. Pero, en ambos casos, la parte que alega la presunción legal debe probar que se encuentra en las condiciones requeridas por la ley para que la presuncion pueda ser aplicada. (v. Casación, 7 de marzo de 1957, B. J. 560, p. 462).

Aportación de las pruebas. Salvo en casos y en procedimientos especiales, que luego serán indicados, corresponde exclusivamente a las partes aportar al proceso los elementos de prueba que el tribunal deberá tomar en cuenta para decidir. Es una consecuencia de la estructura de nuestro proceso civil y comercial, que es dirigido e impulsado por las partes, y condicionado, en general, por la actividad de las partes. El papel del tribunal es de pasiva neutralidad: no tiene casi nunca el poder de iniciativa; limita su actividad procesal a considerar y ponderar los elementos de prueba que las partes ponen a su alcance. En otros términos, el tribunal debe juzgar el proceso tal como se lo someten las partes, sin que pueda prescribir, salvo si el orden público está interesado, medidas de instrucción que las partes no estén dispuestas a consentir. Las partes tienen la disposición del objeto del proceso; en consecuencia, son jueces de la oportunidad y conveniencia de los medios probatorios. Transformar el juez en un inquisidor iría en contra de ese poder de disposición que corresponde a las partes sobre sus intereses privados.

El principio de la neutralidad del juez sufre algunas res-

tricciones en el proceso del derecho comun. En general, el tribunal aprecia soberanamente si el medio de prueba que se ofrece emplear es admisible, y, aunque lo sea, si es útil y pertinente; en consecuencia decide también soberanamente, si procede o no ordenar las medidas de instrucción que se le piden para administrar la prueba. Por otra parte, el tribunal puede, usando del poder de iniciativa que en algunos casos la ley le reconoce, en ausencia de pedimentos de las partes, prescribir de oficio la mayor parte de esas medidas de instrucción: comparecencia personal (art. 119), información testimonial (art. 254), visita de lugares (art. 296), [103] juramento supletorio (art. 1366 y s. del C. Civil).

El régimen para la aportación de las pruebas, anteriormente descrito, es casi completamente subvertido en el proceso de saneamiento inmobiliario, encomendado al Tribunal de Tierras. Por estar este proceso regulado casi exclusivamente a base de una concepción publicística, su impulsion y disposición corren a cargo del órgano jurisdiccional. Esto se refleja netamente en el régimen de la prueba, pautado por los arts. 71 y s. de la L. de R. de T. El T. de T. tiene facultad, de acuerdo con los citados textos: para citar testigos y obligarlos a comparecer y a declarar; para exigir la presentación de cualquier documento, público o privado, que a su juicio pueda servir para formar su convicción; para dictar órdenes de allanamiento relativamente a la aportación de esas pruebas.

Las modificaciones introducidas en el derecho procesal civil francés recogidas parcialmente por la L. 834 de 1978, han instituido un procedimiento menos formalista, dotando al juez de poderes más amplios encaminados a ordenar, modificar, interrumpir o completar una medida de instrucción. Dichas modificaciones están contenidas en los art. 143 y s. del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés. De estas disposiciones, los art. 143 a 178 establecen los principios generales, el procedimiento para su ejecución y las nulidades.

(103) Estas disposiciones legales han sido sustituídas como se expondra más adelante, por los arts. 60 a 100 de la L. 834 de 1978.

De ellas, la L. 834 adoptó el procedimiento de la comparecencia personal (arts. 60 a 72) y el informativo (art. 73 a 100), los que serán expuestos en las secciones IV y VII del presente capítulo.

Una característica fundamental de las reformas francesas en la ejecución de las medidas de instrucción es la facultad reconocida en el art. 145 del Nuevo Código en virtud de la cual si existiera un motivo legítimo para conservar o establecer la prueba de hechos de los que podría depender la solución de un litigio, las partes pueden solicitar del tribunal, sea por la vía del requerimiento o por un referimiento, y fuera de todo proceso, esto es, por la vía de una acción principal, las medidas de instrucción legalmente admisibles.

Además de los avances adoptados en el experticio, expuestos a propósito de esta medida, los nuevos textos legales franceses reglamentan las denominadas verificaciones personales del juez, que le permite tomar conocimiento personal de los hechos litigiosos, así como las declaraciones de terceros que puedan esclarecer estos hechos, en los casos en que es permitida la información testimonial. [104]

Conviene mencionar también el uso del sistema sonoro, visual o audiovisual.

Pruebas admisibles. Para que un medio de prueba pueda servir de fundamento a la sentencia es preciso que reúna dos condiciones:

1a. El medio de prueba debe ser precisamente uno de los admitidos por la ley prueba escrita, prueba testimonial, confesión, juramento, etc. (Casación, 28 de noviembre de 1927, B. J. 208-209, p. 17).

2a. El medio de prueba debe haber sido administrado en la forma prescrita por la ley: presentación de la prueba escrita, información testimonial, etc.

En consecuencia de las dos reglas anteriormente enunciadas, el juez no puede fundar su sentencia ni sobre una certificación de un funcionario público (Casación, sentencia an-

(104) v. Jean Vincent, *Procedure civile* pag. 895 y s., No. 705 944 y s. No. 737 Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1983, art. 143 y s. (Petit codes).

tes mencionada), ni sobre el conocimiento personal de los hechos que haya podido adquirir fuera del proceso, como por ej. mediante cartas que haya recibido, por medio de investigaciones personales, o por el estudio de otros expedientes.

El juez puede fundar su decisión en informes o documentos que no constituyan un medio legal de prueba, si los hechos consignados en esos informes o documentos han sido puestos contradictoriamente a disposición de las partes, a fin de que discutan su valor. Algunos autores admiten que en ciertas circunstancias el juez puede tomar en cuenta el hecho de notoriedad pública. [105]

Medios de prueba. En los art. 1317 del C. Civil, en algunas disposiciones complementarias del Código de Pr. Civil, y actualmente en la L. 834 de 1978, se enumeran los medios de prueba escrita, prueba testimonial, confesión, juramento, inspeccióndel objeto litigioso, presunciones.

Los medios de prueba se dividen, por una parte, en *pruebas preconstituídas*, esto es que existen al momento del proceso, caso de la prueba escrita, y en *pruebas que se establecen en el proceso*, como el testimonio, el juramento (Casación, 24 de mayo de 1956, B. J. 550, p. 1061); y por otra parte, en *pruebas directas* que se relacionan al mismo hecho que debe ser probado, como la que resulta de los documentos y del testimonio, y en *pruebas indirectas*, que se obtienen por medio de un razonamiento, como la que resulta de las presunciones. En todo caso, que se trate de pruebas preconstituídas o no, de pruebas directas o indirectas, es lo cierto que el juez forma su convicción por medio de un razonamiento inductivo: de la circunstancia de que un medio de prueba haya sido aportado al proceso, el juez concluye a la existencia del hecho de que se trata. La única diferencia se encuentra en los poderes del juez, quien, en algunos casos, como cuando se trata de un acto escrito no impugnado, está obligado a concluir a la existencia del hecho objeto de la prueba, y en otros casos, cuando se trata de testimonio, por ejemplo, tiene li-

(105) Aubri y Rau, *Droit Civil*, 5a. ed. XII, 749; Beaudry Lacantinerie y Barde, *Obligations*, 3a. ed., III, 2056.

bertad para admitir o no la existencia del hecho objeto de la prueba.

Prueba escrita, prueba testimonial. En términos generales, resulta de los arts. 1315 y s. del C. Civil que, en principio, debe administrarse por escrito la prueba de los actos jurídicos, que se refieran a cosas cuyo valor exceda de 30 pesos (Casación, 19 de octubre de 1928, B. J. 219, p. 10). Para ciertas convenciones la ley exige un escrito, aunque el valor enunciado sea inferior a 30 pesos: donación (art. 931 del C. Civil); contrato de matrimonio (art. 1394 del C. Civil); actos relativos a derechos inmobiliarios registrados (art. 189 de la L. de R. de T.), hipoteca (art. 2127 del C. Civil, 189 de la L. de R. de T.); arrendamiento (art. 1715 del C. Civil); transacción (art. 2044 del C. Civil); anticresis (art. 2085 del C. Civil); compromiso (art. 1006 del C. de Pr. Civil); diversos actos del derecho marítimo (art. 195, 250, 273, 311, 312 del C. de Comercio). La prueba testimonial o por presunciones no puede administrarse sino en casos excepcionales o con relación a los actos que se refieren a cosas cuyo valor sea inferior a 30 pesos, y respecto de los cuales la ley no ha impuesto la forma escrita. Además, aunque se trate de un acto que envuelva una convención sobre una cosa cuyo valor no llegue a 30 pesos, si la convención se ha formalizado por escrito es inadmisible la prueba testimonial para establecer cláusulas anteriores, concomitantes o posteriores al escrito.

Se admite casi unánimemente que la prohibición de la prueba testimonial es la regla general, y que, por el contrario, las pruebas testimonial y por presunciones son excepcionales. Por consiguiente, para que el juez pueda admitir estos últimos medios de prueba es indispensable que lo autorice una disposición expresa de la ley.

Cuando la prueba es libre. La regla general prohibitiva de las pruebas testimonial o por presunción no tiene aplicación en los siguientes casos, según lo disponen los arts. 1341, 1347 y 1348 del C. Civil, y 109 del C. de Comercio: 1o., en materia comercial (Casación, 15 de marzo de 1956, B. J. 548, p. 523; 18 de julio de 1956, B. J. 552, p. 1465); 2o., aun en materia civil, en caso de imposibilidad, material o

moral, en que se ha encontrado la parte interesada, de procurarse un escrito; 3o., en caso de pérdida del escrito que se había procurado la parte interesada; 4o., cuando se trate de probar el dolo o el fraude, o sea, obligaciones que nacen de los delitos y cuasidelitos; 5o., cuando, tratándose de un caso en que es de rigor la prueba escrita, existe un principio de prueba por escrito (Casación, 21 de abril de 1953, B. J. 513, p. 616; 12 de mayo, 1954, B. J. 526, p. 848; 16 de noviembre, 1956, B. J. 556, p. 2361; 2 de julio, 1984, B. J. 884, p. 1649) esto es, de acuerdo con la definición dada por el art. 1347 del C. Civil, "todo acto por escrito que emane de aquel contra quien se hace la demanda, o de quien lo represente, y que hace verosímil el hecho alegado", 6o. cuando se trate de probar, no un *acto jurídico,* sino un simple hecho, puesto que los términos del Art. 1341 del C. Civil no se refieren sino a los primeros (Casación, 19 de octubre, 1928, B. J. 219, p. 10).

Carácter de las reglas sobre la prueba. Es discutida en doctrina la cuestión de saber cuál es el carácter, si de orden público o de interés privado, que es preciso atribuir a las reglas anteriormente expuestas, que, en términos generales, dan la preferencia a la prueba escrita, y que solamente de modo excepcional o supletorio permiten la prueba testimonial o por presunciones.[106]

Según algunos autores, quienes se fundan en la forma como están concebidos los arts. 1341 del C. Civil, 253 y 254 del C. de Pr. Civil (hoy derogados), la prohibición de la prueba testimonial es una regla de orden público. De aquí resultaría que, aun en ausencia de oposición de la parte interesada, el tribunal debería rechazar, de oficio, el pedimento tendiente a administrar esa prueba, y que la nulidad resultante de la admisión de la prueba testimonial o por presunciones en un caso en que la ley no lo permite puede ser propuesta en todo estado de causa, aun por primera vez en casación.

(106) Glasson y Tissier, Traité, II, 601.

De acuerdo con otro sistema (Casación, 24 de febrero de 1953, B. J. 211, p. 252), más generalmente aceptado, la prohibición de la prueba testimonial es de puro interés privado. Las partes, que son dueñas del objeto del proceso, salvo si se trata de una cuestión en que el orden público se halle interesado, pueden expresar o implícitamente convenir en los medios de prueba a utilizar en el proceso. [107]

Poderes del juez. Pueden concebirse dos sistemas para determinar los poderes del juez en la apreciación del resultado de la prueba: el sistema de la *prueba libre*, que consiste en otorgarle omnímoda potestad para formar su convicción apreciando sin trabas el resultado de la administración de la prueba; el sistema de la *prueba legal*, en el que se determina rígidamente cuál es el valor de cada uno de los medios de prueba. Nuestro derecho procesal civil adopta una combinación de ambos sistemas.

La ley determina la fuerza probatoria respectiva de los escritos auténticos o bajo firma privada, de la confesión, del juramento. Respecto de estos medios de prueba el juez no tiene facultad de libre apreciación; desde que uno de ellos es producido en el proceso, él tiene que decidir conforme a la prueba administrada, aunque su convicción se haya formado en sentido contrario.

En cambio, la ley no ha fijado anticipadamente cuál es la fuerza probatoria del testimonio, del peritaje, de las presunciones de hecho. Tratándose de uno de estos medios de prueba, el juez tiene facultad para decidir conforme a su íntima convicción, aunque sea contraria al resultado obtenido con la administración de tales pruebas (Casación, 24 de junio de 1952, B. J. 503, p. 1168).

Resumiendo lo expuesto se ve que, en lo que concierne a los actos jurídicos, el sistema de la ley consiste en exigir que, en principio, sean probados por escrito, y en cambio re-

(107) Aunque las disposiciones de los antiguos arts. 253 y 254 del C. de Pr. Civil no fueron reproducidas por la L. 834, estos principios parecen indudablemente desprenderse del art. 82 de la citada ley, cuando expresa que "El juez puede oir o interrogar a los testigos sobre *todos los hechos para los cuales la ley admite la prueba* aunque estos hechos no estén indicados en la decisión que ordene el informativo".

pudiar las pruebas testimonial y por presunciones, salvo en algunos casos. No es un *sistema de pruebas legales,* sino un *sistema legal de pruebas:* el valor de algunas es predeterminado; el valor de otras es materia de apreciación judicial. [108]

SECCION II–VERIFICACION DE ESCRITURA [109]

Objeto. La verificación de escritura es el examen que se hace en justicia de un acto bajo firma privada, con el fin de comprobar si ha sido escrito o firmado por la persona a quien se le atribuye u opone.

Como se ha expuesto, el establecimiento de la sinceridad del acto bajo firma privada puede ser objeto de una demanda principal en *reconocimiento de escritura.*

Hay que recurrir al procedimiento incidental de la verificación de escritura (art. 1323 y s. del C. Civil) si en el proceso en reconocimiento de escritura el demandado niega o declara no conocer el escrito que se le opone, o si en un proceso sobre el fondo una de las partes niega o declara no conocer el acto bajo firma privada que le opone su contraparte.

(108) V. Casación, 2 de julio, 1984, B. J. 884, p. 1649, citada.

(109 El procedimiento de la verificación de escritura y la inscripción en falsedad, ha sido objeto de importantes modificaciones en Francia a partir del Decreto del 17 de diciembre de 1973, y luego en el Nuevo Código de Pr. Civil (Art. 285 a 316). Estas disposiciones no fueron adoptadas en las reformas de 1978 en nuestra legislacion.

Fundamentalmente, el procedimiento de la inscripción en falsedad, en Francia, ha sido simplificado, pudiéndose interponer tanto por la vía principal como por la vía incidental.

Por otra parte, los incidentes relativos a la prueba escrita no son de la exclusiva competencia de los juzgados de primera instancia. Un incidente relativo a la verificación de escritura puede ser conocido, en determinados casos, por la corte de Apelacion o el tribunal de excepción, evitándose en esa forma, las dilaciones que presenta el antiguo sistema. En efecto, cuando surge una verificación de escritura en forma incidental, es el juez apoderado de la accion principal quien conocerá del incidente. Se evita así la dilación del procedimiento motivado por una cuestión prejudicial. Si por el contrario la verificación de escritura se presenta como acción principal, la competencia es exclusiva para el juzgado de primera instancia. En lo que respecta a la inscripción en falsedad, el tribunal de primera instancia es competente en caso de ejercicio de la accion por la via principal o cuando se presenta ante un tribunal de excepción. Pero en caso de falsedad incidental, es competente el juzgado de primera instancia o la corte de apelación, si es en esta jurisdicción que se propone el incidente. Esta solución da más amplitud a la jurisdicción de la corte de apelación y evita romper el ritmo del procedimiento ante este tribunal, que es de derecho común (V. Jean Vincent, *Procedure civile*, p. 917 ys.).

El hecho de producir un acto bajo firma privada, como fundamento de una demanda o de una defensa, implica necesariamente intimación a la parte contraria para que acepte o no el documento; el desconocimiento del escrito conlleva la necesidad de su verificación, como medida previa para establecer si procede o no de la parte a quien se le opone, o de sus causantes.

Cuestión de competencia. *Ratione materiae*, el tribunal competente para conocer de la demanda en verificación de escritura, sea principal o incidental es el j. de primera instancia. Por lo tanto, cuando en el curso de un proceso ante el j. de paz sobreviene la negación o el desconocimiento de un escrito bajo firma privada, esa jurisdicción debe, conforme al Art. 14, sobreseer a su fallo sobre lo principal, hasta tanto el j. de primera instancia que debe ser apoderado por la acción principal, decida acerca de la sinceridad del documento. En cambio, parece que es preciso admitir que el T. de Tierras puede, en virtud de lo dispuesto en los Arts. 7 y 9 de la L. de Registro de Tierras conocer de una verificación de escritura surgida incidentalmente en un procedimiento de su competencia.

Cuestión de procedimiento. Cuando en el curso de un proceso comercial ante el j. de p. i. surge la negación o el desconocimiento de un acto bajo firma privada, el tribunal debe sobreseer su decisión sobre el fondo hasta tanto la parte interesada someta la cuestión de la sinceridad del documento, por acción principal, al mismo tribunal, en la forma de los asuntos civiles. Es la interpretacion que precisa dar al art. 427, en presencia del principio de la unidad de jurisdicción del j. de p. i.

Forma de la demanda. Como toda demanda incidental, ésta se introduce por acto de abogado. Es demandante en el incidente la parte que pretende que el escrito es sincero; es demandada la parte a quien el escrito le es opuesto. Tanto el demandante como el demandado en lo principal pueden ser demandantes en la verificación. Ejemplos: si el deudor demandado en cobro de un crédito niega que suscribió el título que sirve de fundamento a la demanda, el demandante

en lo principal será al mismo tiempo demandante en la verificación; si ese demandado pretende que ha pagado y aduce como prueba del pago un recibo que atribuye a su acreedor, dicho demandado será el demandante en el incidente de verificación de escritura, y será demandado el demandante en lo principal.

Actitud del demandado. Si el demandado en el incidente de verificación incurre en el defecto (por falta de concluir naturalmente, puesto que, por hipótesis, ambas partes están litigando un asunto civil), el tribunal debe tener el escrito como reconocido por analogía con lo que dispone el art. 194. Si el demandado en el incidente reconoce el escrito que se le opone, el tribunal debe dar de ello constancia al demandante, y condenar en costas a éste (v. supra, Tit. X, Cap. I, Sección V). Si ese demandado persiste en no reconocer el documento, el tribunal puede optar entre proceder él mismo a la verificación, o prescribir que se haga la verificación por uno o varios de los medios de prueba autorizados por los arts. 195 y s.

Poderes del tribunal. En presencia de la producción de un documento bajo firma privada y de la negativa a aceptarlo por parte de quien se le opone, el tribunal puede, si el documento no le parece sincero, desecharlo del debate sin proceder a su verificación; inversamente, puede rechazar enseguida la demanda de verificación si el documento le parece sincero. En otros términos cada vez que está convencido de que la producción o la negacion del documento es una maniobra fraudulenta de parte del litigante que lo produce o que lo niega, el tribunal puede rechazar o admitir el documento, y pasar adelante a la instrucción del proceso (Rouen, 15 de octubre, 1968, D. 1969, 195).

Estas soluciones están en aparente contradicción con lo dispuesto en el art. 1324 del C. Civil, que manda proceder a la verificación desde que el documento es negado; pero se admite generalmente que ese texto solamente se refiere de una manera general al procedimiento de la verificación, no a los poderes del juez para prescribirla o desecharla, y que deben prevalecer los términos del art. 195 del C. de Pr. Civil, según



los cuales "podrá ordenarse" la verificación del documento producido por una de las partes y negado o desconocido por la otra.

Cuando es necesario proceder a la verificación, por existir una contestación seria acerca de la sinceridad del documento, el tribunal puede hacerla por sí mismo, sin necesidad de recurrir al procedimiento indicado en los arts. 195 y s.: la verificación es obligatoria, pero no el uso de los procedimientos de verificación prescritos por la ley (Casación: 28 de noviembre de 1947, B. J. 448, p. 780; marzo, 1960, B. J. 596, p. 593; septiembre, 1963, B. J. 638, p. 1004; 16 de noviembre, 1983, B. J. 876, p. 3584.

Si no se encuentra en condiciones de proceder por sí mismo a la verificación, el tribunal la ordena mediante sentencia interlocutoria, por uno o por varios de los modos de prueba que autoriza el Art. 195: por títulos, por peritos o por testigos. Se admite generalmente que cuando el tribunal ordena la verificación, ésta no puede hacerse sino mediante esos procedimientos, y que la forma de ellos no puede ser cambiada.

Verificación por títulos. Procede emplear esta forma cuando el demandante en el incidente de verificación produce un acto auténtico en el cual ha figurado la firma del acto bajo firma privada que se trata de verificar, y en el que se hace mención de dicho documento. Igualmente puede servir para ese fin un acto bajo firma privada reconocido o no contestado, que relate el tenor del acto sometido a la verificación.

Esta forma de verificación se practica directamente por el tribunal, y sin procedimiento.

Verificación por peritos. Consiste en el examen del documento contestado por personas experimentadas.

El peritaje es ordenado por la sentencia que prescribe la verificación. Esta sentencia contiene tres disposiciones, de acuerdo con los arts. 196 y 197: nombra juez comisario; nombra los peritos; ordena el depósito del documento en secretaría.

Juez comisario. En el procedimiento de verificación de escritura ante el j. de p. i. el juez-presidente se designa a

sí mismo juez comisario. En la c. de a., uno de sus miembros es designado juez comisario.

Peritos. La sentencia debe nombrar tres peritos, salvo que las partes hayan convenido por anticipado en designarlos ellas mismas, dispone el art. 196. Esta disposición deroga el derecho común en materia de información pericial (art. 303 y s.), en que las partes pueden convenir en que el peritaje sea hecho por un sólo perito en vez de tres, y en reemplazar por otros los peritos designados por el tribunal.

Depósito del documento. En último lugar disponen los art. 196 y 198, la sentencia ordena que el documento a verificar sea depositado en secretaría, "después de haberse hecho constar su estado, y que haya sido firmado y rubricado por el demandante o su abogado y por el secretario, que extenderá acta del todo". En esta acta el documento controvertido debe ser descrito lo más exactamente posible, a fin de establecer su identidad. Al demandado en el incidente se le notificará el depósito, y se le intimará al mismo tiempo para que tome comunicación del documento, sin extraerlo de la oficina; el demandado, su abogado o su apoderado especial, rubricará el documento. De estas diligencias también levantará acta el secretario.

Documentos de comparación. Practicadas las diligencias mencionadas, el juez comisario, dispone el art. 199, mediante auto dictado a instancia de la parte más diligente, determinará la fecha en que las partes deben concurrir ante él para convenir en los documentos de comparación, o sea cuáles son los actos emanados de la parte a quien se le opone el documento impugnado que deberán servir de base para el trabajo de los peritos. Si, en el día indicado, no concurre el demandante a esas operaciones, el tribunal podrá decidir, en vista del informe del juez comisario [110] que el documento controvertido será desechado; si es el demandado quien no concurre, el tribunal podrá, en la misma forma, tener el do-

(110) Es obvio que, cuando el procedimiento de verificación de escritura se desenvuelve ante el j. de p. i., el mismo juez, que actúa de comisario, limita su actuación a incluir ese informe en el expediente.



cumento como reconocido. Esta sentencia es susceptible de oposición; en caso de ser retractada, la parte más diligente acude nuevamente al juez comisario para que dicte otra vez auto que fije nueva fecha para la comparecencia ante él.

Si las partes concurren ante el juez comisario y convienen en los documentos de comparación, se levanta acta en que son indicados esos documentos.

Si, por el contrario, no hay acuerdo, el tribunal admitirá como documento de comparación únicamente, según lo dispone el art. 200: las firmas puestas en actos otorgados ante notario, o ante el juez y el secretario actuando conjuntamente; los documentos firmados por el demandado en calidad de juez, secretario, notario, abogado, alguacil, o ejerciendo alguna otra función pública; los escritos bajo firma privada reconocidos por el demandado.

El art. 200 dispone que si la negación o el desconocimiento no son relativos sino a una parte del documento, el resto del mismo puede servir como documento de comparación.

El tribunal no está obligado a admitir como documentos de comparación todos los que reúnan las condiciones exigidas por la ley, sino que puede seleccionar de entre ellos los que, a su juicio, sean suficientes para fijar la opinión de los peritos.

Cuando los documentos aptos para servir de comparación se encuentren en poder de un tercero, oficial público o particular, el juez comisario podrá disponer, de acuerdo con el art. 201 que esas personas lleven los documentos al lugar en que deba hacerse la verificación. Si hay peligro en el transporte de los documentos, o si el detentador de ellos se encuentra muy alejado, el tribunal podrá de acuerdo con los arts. 202 y 203, en vista del informe del juez comisario, y previo dictamen fiscal, disponer que la verificación se haga en la residencia del depositario o en un lugar próximo. Tratándose de un depositario que sea funcionario público, él expedirá copias de los documentos, las que, después de cotejadas con los originales por el j. de p. i. del distrito, reemplazarán los documentos originales hasta su devolución.

Intimaciones. El art. 204 dispone que la parte más di-

ligente deberá citar ante el juez comisario, para la fecha fijada por él mediante auto, a los peritos que presten juramento, a los depositarios para que presenten los documentos de comparación, y a la parte contraria para que presencie esas operaciones.

Si no concurre uno de los peritos, las partes pueden convenir ante el juez comisario en su reemplazo; de lo contrario, el tribunal designará otro perito. La inasistencia de una de las partes no obsta para que las operaciones continúen. Si un depositario de documentos no concurre, las operaciones deben ser suspendidas hasta que el tribunal resuelva.

Cuando los depositarios aportan los documentos, el juez comisario puede disponer de acuerdo con el art. 205, o que ellos presencien la verificación a fin de conservar la custodia de los documentos, retirándolos después de cada vacación, o que los documentos queden en manos del secretario. En este caso, el depositario que es funcionario público podrá sacar copia de esos documentos en la forma indicada por el art. 203.

Confección de un escrito. Cuando no existen documentos de comparación, o cuando son insuficientes, el juez comisario puede prescribir una medida extrema, según lo dispone el art. 206: que el demandado escriba lo que le dicten los peritos, previa citación hecha al demandante, a fin de que presencie esta operación. Si el demandado, sin excusa justificada, se niega a confeccionar el escrito que le dicten los peritos, el tribunal podrá tener como reconocido el documento impugnado.

Operaciones periciales. Después de cumplidas las formalidades anteriormente mencionadas, el art. 207 dispone que las partes deben retirarse a fin de que los peritos procedan a la verificación. De acuerdo con el art. 208, los peritos deben practicar la verificación conjuntamente, en secretaría y en presencia del secretario o del juez si este lo dispone así, en una o varias vacaciones.

Informe pericial. El art. 210 manda que los tres peritos, por mayoría de votos, adopten un informe común y motiva-

ɑo; pero podrán indicar los motivos de la opinión de la minoría, sin mencionar el nombre del perito que la sustentó. El art. 209 dispone que el informe deberá ser anexado al expediente, y que los documentos sean devueltos a los depositarios, quienes darán recibo al secretario.

Prueba testimonial. Por último, los arts. 211 y s. autorizan a establecer la sinceridad del documento contestado por medio de la prueba testimonial. Con esta prueba se tiende a establecer tan sólo, directa o indirectamente, el hecho material de que el demandado o su causante escribió el documento impugnado, no la existencia del derecho comprobado en el documento. Es lo que resulta de los términos del art. 211, que permite citar como testigos a "aquellos que han visto escribir y firmar el documento en cuestión, o que tuviesen conocimiento de los hechos que puedan servir a descubrir la verdad".

La información testimonial se practica como en materia ordinaria dispone el art. 212, salvo que no es preciso articular previamente los hechos a probar, como lo manda el art. 252 [111]

Sentencia. Administrados los medios de prueba, las actas en que constan son depositadas en secretaría, y la parte más diligente llama a su contraparte, por acto recordatorio, a discutir su resultado.

La sentencia decide si el documento es sincero o no. En el primer caso el documento es considerado como probatorio en el proceso sobre lo principal. El art. 213 dispone que al demandado que sucumbe se le impone una multa de 5 pesos, además de condenársele al pago de las costas y de la indemnización que fuera procedente.

El tribunal puede, por una sola sentencia, decidir sobre el incidente de verificación y sobre el fondo.

La sentencia es apelable o no, según que lo sea o no la sentencia sobre el fondo.

(111) V. las disposiciones de los arts. 73 a 100 de la L. 834 de 1978.

SECCION III–INSCRIPCION EN FALSEDAD

§ I–PRINCIPIOS GENERALES

La falsedad. En términos generales, la falsedad consiste en la alteración de la verdad de un escrito. Puede ser *material* o *intelectual*. Hay falsedad material cuando un escrito es confeccionado mediante falsas firmas o por imitación de la escritura de una persona, o cuando un escrito ha sido alterado mediante adiciones o supresiones; hay falsedad intelectual cuando, al redactarse un acto, se escriben cláusulas que no son las convenidas. Pueden ser falsos tanto los actos auténticos como los actos bajo firma privada. Pero es evidente que sólo en los primeros pueden darse las dos figuras de la falsedad: en un acto bajo firma privada puede solamente existir la falsedad material, puesto que la inserción de cláusulas no realmente convenidas constituye, no una falsedad, sino una *simulación*.

Aspecto civil; aspecto penal. La falsedad, sea material o intelectual, constituye una infraccion penal cuando reúne los caracteres especificados por los arts. 145 y s. del C. Penal. Da origen, naturalmente, a la accion pública, que ejerce la persona perjudicada con la infracción, para obtener la reparación del perjuicio irrogado por la falsedad. Esas acciones están regidas por normas que estudia el derecho procesal penal (art. 1o. y s. del C. de Pr. Criminal).

Terminología. En los art. 1319 del C. Civil y 250 del C. de Pr. Civil el legislador ha perdido de vista las reglas trazadas en el C. de Pr. Criminal para el ejercicio respectivo de la acción pública y de la acción civil, oponiendo, en el primero de esos textos, la *querella* por *falso principal* a la *inscripción en falsedad hecha incidentalmente*, y permitiendo al demandante, en el segundo, *recurrir a la vía criminal*. Este lenguaje es evidentemente incorrecto, puesto que los particulares no tienen en ningún caso el ejercicio de la acción pública.

Inscripción en falsedad. Al lado de esas dos acciones, la ley ha regulado otra, que llama *inscripción en falsedad,* bajo

la forma de un procedimiento incidental encaminado a la comprobación de la falsedad, y consiguientemente a la supresión del documento falso o a la reconstrucción del documento alterado (art. 214 y s.).

Falsedad principal. Es muy debatida la cuestión de saber si la declaración de la falsedad de un documento puede ser objeto, no solamente del procedimiento incidental de la inscripción en falsedad, sino también de una acción principal. Los autores [112], en general, se inclinan a admitir que un interesado, temeroso de ser perjudicado por la falsedad de un documento, puede, en ausencia de proceso sobre el fondo, incoar una acción principal en declaracion de la falsedad de ese documento; se trataría de una acción meramente declarativa, que debe ser admitida en ausencia de disposicion prohibitiva de la ley.

La jurisprudencia, por el contrario, fundándose en los términos empleados por los arts. 1319 del C. Civil y 250 del C. de Pr. Civil, y en la rúbrica *De la Falsedad como Incidente Civil* del título que encabeza el art. 214, establece que la declaración de falsedad no puede ser obtenida sino incidentalmente en el curso de un proceso en que sea invocado el documento falso (v. Casación, 7 de septiembre de 1956, B. J. 554, p. 1893).

Actos a que se aplica. La falsedad, como se ha visto, puede ser cometida tanto en un acto auténtico como en uno bajo firma privada; de ahí que el procedimiento de la inscripción en falsedad sea aplicable a ambos actos.

El acto auténtico es fehaciente hasta inscripción en falsedad respecto de los hechos que el oficial público actuante tiene misión de comprobar y que atesta haber comprobado: es preciso inscribirse en falsedad para rebatir la sinceridad de una de esas comprobaciones. Por el contrario, las afirmaciones hechas en el acto por el oficial público, fuera de sus atribuciones legales, pueden ser combatidas por toda clase de pruebas, sin necesidad de inscripción en falsedad. Ejemplo: la mención hecha por el alguacil en la citacion, de la persona

(112) Glasson y Tissier, *Traité*, II, 623, Garsonnet y Cézar-Bru, *Traité*, II, 282.

a quien entregó la copia, no puede hacerse caer sino mediante inscripción en falsedad; en cambio, puede impugnarse en cualquier forma la enunciación en ese acto de una declaración del demandado hecha al alguacil en el momento de notificar. Tampoco hay que inscribirse en falsedad para probar que las declaraciones hechas por las partes ante el oficial público, un notario por ej., son simuladas: la simulación puede ser probada en este caso por todos los medios, puesto que es obra de las partes, y no del oficial público.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 214, el acto bajo firma privada puede ser también objeto de una inscripción en falsedad, aunque "haya sido verificado, sea con el demandante, sea con el demandado en falsedad, si la verificación no ha tenido por objeto una persecución de falsedad principal, o incidental, y aun cuando, fuera de esta excepción, haya intervenido sentencia fundada en dicho documento como verdadero". El sentido de esta disposición es motivo de controversia. Algunos autores piensan que se refiere a la hipótesis de que un documento, reconocido judicialmente sincero sobre un punto, encierre una falsedad en otra parte, o haya sido alterado después de la sentencia que lo verificó. Pero generalmente se la interpreta como derogatoria del principio de la autoridad de la cosa juzgada inherente a la sentencia; en este caso, aunque verificado en juicio, el acto bajo firma privada puede ser impugnado, mediante inscripción en falsedad, por la persona contra quien fue verificado.

Naturaleza de este procedimiento. Resulta de los art. 214 y s. y 470, y de los art. 164 de la L. de O. J., y 47 y s. de la L. 3726 de 1953, que la inscripción en falsedad es un procedimiento establecido por la ley en relación con los asuntos civiles de la competencia del j. de p. i. con los asuntos, sean comerciales o civiles, de que conoce la c. de a., y con respecto al recurso de casación en materia civil y comercial. Requiere siempre, por lo tanto, el ministerio de abogado.

Cuando ante el j. de paz surge este incidente, el art. 14 manda a dar constancia a la parte de su deseo de inscribirse en falsedad, y remitir la causa ante el juez competente.

El j. de p. i. no puede instruir en la forma comercial el

incidente de inscripción en falsedad; según lo dispone el art. 427, debe sobreseer el conocimiento del proceso para que las partes se provean en la forma civil.

El T. de T. tiene competencia para conocer de un alegato de falsedad contra un documento depositado en apoyo de una reclamación, en virtud de lo dispuesto por los art. 329 y s. de la L. de R. de T., que lo autoriza a declarar falso el título presentado o el título de donde éste procede. (v. Casación, 3 de julio de 1951, B. J. 492, p. 780).

Marcha del procedimiento. La instrucción de este incidente se halla dividida en tres etapas, cada una de las cuales se termina por una sentencia: 1a., debate acerca de la admisibilidad de la demanda; 2a., debate sobre la admisibilidad de los medios de falsedad; 3a., discusión de las pruebas de la falsedad.

Es un procedimiento mucho más complicado que el de la verificación de escritura. Además, sus resultados son más graves, puesto que puede conducir a la eliminación de un acto auténtico. El orden público se halla evidentemente interesado en la marcha del procedimiento; de aquí la disposición del art. 249, que exige que sea homologada judicialmente la transacción pactada respecto de la demanda, y la del art. 251, que requiere el dictamen del ministerio público antes de toda sentencia, aún de instrucción.

En la práctica, sin embargo, este procedimiento resulta relativamente breve, a causa del poder reconocido al tribunal de resolver el incidente desde un principio, o antes de llegar a la última fase, cuando ya se ha formado su convicción: el tribunal puede, antes de decidir sobre la admisibilidad de la demanda, examinar los medios de prueba, y si no le parecen convincentes, rechazar la demanda: o, inversamente, decidir por una misma sentencia acerca de la admisibilidad de la demanda y sobre el mérito de los medios de prueba. En otros términos: el incidente puede no recorrer las tres etapas mencionadas, sino por el contrario terminar favorable o adversamente a la demanda desde el primer momento, o al final de la primera o de la segunda etapa (v. Casación: 18 de octubre de

1933; B. J. 279, p. 12; 22 de mayo de 1936, B. J. 310, p. 236; octubre de 1959, B. J. 591, p. 2188).

§ II–ADMISION DE LA DEMANDA

Intimación. De acuerdo con lo que dispone el art. 215, el que quiera inscribirse en falsedad, que puede ser el demandado o el demandante en el proceso sobre lo principal, debe intimar a su contraparte, por acto de abogado, para que declare si quiere o no servirse del documento, advirtiéndole que, en caso afirmativo, se inscribirá en falsedad.

En materia comercial ante el j. de p. i., y ante el j. de paz, la intimación es hecha por acto de alguacil, a fin de proponer, en audiencia, el sobreseimiento de lo principal, y proveerse luego en la forma que proceda.

Declaración del demandado. El art. 216 dispone que el demandado, por acto de abogado suscrito por él o por su apoderado con poder especial y auténtico, tiene que declarar, dentro de los ocho días de la intimación, si hará o no uso del documento.

Este plazo no es prescrito a pena de caducidad. El demandado puede responder afirmativamente hasta tanto el demandante no ha obtenido sentencia que rehace el documento impugnado (Casación, 25 de abril de 1936, B. J. 309, p. 183), puede también obtener una prorrogación del plazo (Casación, 24 de julio de 1931, B. J. 250, p. 76).

Si el demandado no contesta, el art. 217 dispone que el demandante puede obtener sentencia que declare desechado el documento.

Si el demandado contesta que no quiere servirse del documento, el art. 217 manda también que el documento sea desechado. Esta declaración del demandado equivale a una confesión de la falsedad del documento impugnado, y no puede por consiguiente ser retractada, aun antes de la sentencia, a menos que no haya incurrido en error al formularla.

Inscripción en falsedad. Cuando el demandado en el incidente ha respondido que desea usar el documento, el art. 218 prescribe que el demandante declare que se inscribe en

falsedad, por acto otorgado en secretaría, firmado por él o por su apoderado con poder especial y auténtico.

Audiencia. El incidente es llevado a la audiencia, de acuerdo con el art. 218, mediante acto recordatorio, a fin de pedir la admisión de la falsedad.

Sentencia. El tribunal puede, en esta primera fase del procedimiento: o desestimar la inscripción en falsedad, si el documento le parece intachable, y, si el asunto principal se halla en estado, decidirlo al mismo tiempo que desestima la demanda incidental (Casación, octubre 1959, B. J. 591, p. 2181); o por el contrario acoger la demanda en inscripción en falsedad, si desde ese instante estima que el documento impugnado es falso.

Si, por el contrario, el tribunal entiende que hay dudas serias, debe limitarse a admitir la inscripción en falsedad, dictando al efecto sentencia que designa juez comisario que se encargue del procedimiento (en primera instancia el mismo juez presidente se designa comisario). (113) Por esta misma sentencia puede ordenarse, conforme lo dispone el art. 1319, del C. Civil, que se suspenda la ejecución del acto impugnado. Además, el tribunal debe aplazar el fallo sobre la demanda principal, a menos que resulte de los hechos de la causa que la prueba de la falsedad no tiene influencia alguna sobre ella.

El demandante en el incidente, disponen los art. 246 y s., incurre en una multa de 60 pesos y puede ser condenado a pagar indemnizaciones al demandado, si, después de admitida la inscripción en falsedad, desiste de la demanda, o no practica las diligencias necesarias para impulsar el procedimiento, o si la demanda es rechazada.

§ III–PRESENTACION DE LOS MEDIOS DE FALSEDAD

Depósito del documento. En los tres días de la notificación de la sentencia que declara admisible la inscripción en

(113) V. Casación, 19 de diciembre, 1979, B. J. 829, p. 2650. De acuerdo con esta jurisprudencia, al tribunal le basta establecer que el documentos es susceptible de ser atacado por la vía de la falsedad y que sea capaz de influir sobre la solución final del proceso, sin necesidad de examen ni ponderación.

falsedad, el demandado tiene que depositar en secretaría el documento impugnado según lo dispone el art. 219. Este plazo es puramente conminatorio. El documento no puede ser excluído del proceso por la única razón de que su depósito haya sido efectuado tardíamente. Además, el juez puede prorrogarlo.

Si el documento impugnado es una copia, el juez comisario puede ordenar, disponen los art. 221 y s., que el demandado haga depositar el original por los depositarios correspondientes.

Acta. Los art. 225 y s. disponen que, luego de hecho el depósito en secretaría del documento controvertido, el demandado notifica ese depósito al demandante, por acto de abogado, llamándolo para que se halle presente en la redacción del acta que debe levantar el juez comisario, asistido del secretario, con asistencia del ministerio público, en la que se hará constar el estado del documento.

El documento así depositado está sujeto al examen del demandante, sin poderlo extraer de la secretaría, según lo dispone el art. 228.

Presentación de los medios. Dentro de los ocho días de levantada esa acta, dispone el art. 229, el demandante notificará al demandado la articulación de los medios en que apoya la demanda, esto es, la enunciacion de "las circunstancias y pruebas que han de servir para establecer la falsedad". El art. 230 prescribe que en la octava siguiente el demandado contestará en la misma forma. Ambos plazos son puramente conminatorios.

Si el demandante no notifica los medios de falsedad, el demandado puede proseguir la audiencia, a fin de hacer desechar la demanda; si el demandado no contesta, el demandante puede actuar en la misma forma para hacer desechar el documento.

Acto recordatorio. Tres días después de las notificaciones puestas respectivamente a cargo del demandante y el demandado, uno cualquiera de ellos puede llevar el incidente a la audiencia, mediante acto recordatorio.

Sentencia. Después de oír el dictamen del ministerio

público, el tribunal puede estatuir inmediatamente en el sentido de la admisión o del rechazamiento de la inscripción en falsedad, si ya tiene formada opinión en uno u otro sentido. En el caso contrario, ordena que se administre la prueba de la falsedad sea por títulos, sea por testigos, sea por medio de un peritaje, según lo dispone el art. 232 (v. Casacion, 13 de mayo de 1955, B. J. 538, p. 878).

IV–DISCUSION DE LAS PRUEBAS

Instrucción. La prueba de la falsedad es administrada, como se ha visto, por títulos, por testigos o por peritos, o por varios de esos medios en la misma forma que en materia de verificación de escritura disponen los art. 232 y s.

Terminada la producción de las pruebas, la parte más diligente notifica a su contraparte, por acto de abogado, la copia sea del informe pericial, sea del acta de la información testimonial, como asimismo de todos los documentos producidos en el incidente, a fin de ponerla en condiciones de presentar sus defensas acerca del incidente. En seguida la audiencia puede ser perseguida por acto recordatorio.

Sentencia. Después de oir el dictamen del ministerio público, el tribunal dicta sentencia definitiva.

Si rechaza la demanda, el documento impugnado es tenido por verídico entre las partes. Además, el demandante incurre en la multa antes mencionada, y puede ser condenado a indemnizar al demandado conforme lo dispone el art. 246.[114]

Si por el contrario, el tribunal admite la demanda, el documento impugnado pierde su fuerza probatoria, y es desechado del proceso. El tribunal puede, dispone el Art. 241, ordenar las siguientes medidas: 1ra., la *supresión* o *laceración* del documento, o sea su destrucción, si se trata de un acto

(114) **La Suprema Corte ha interpretado extensivamente el art. 246, al considerar fundamentada la indemnización concedida al demandado en falsedad en las hipótesis previstas en el art. 247. En su sentencia del 13 de mayo de 1955, B. J. 538, p. 870, citada, se consideró válida la indemnización concedida en un caso de caducidad.**

aislado; 2a., la *radiación* del documento, o lo que es lo mismo, que sea tachado, total o parcialmente, lo primero si es falso totalmente, lo segundo si es sólo parcialmente falso, o si forma parte de un registro público; 3a., la *reforma* del documento, que consiste en suprimir sobre la copia las palabras que no se encuentran en el original, poner en su lugar las palabras que han sido traspuestas, escribir correctamente las palabras que fueron mal escritas; 4a., el *restablecimiento* del acto impugnado, o sea, la reintegración al documento de las partes que se le han omitido o suprimido por medio de la falsedad, o la corrección de la parte que le fue alterada.

Los plazos para ejercer los recursos, tanto ordinarios, oposición y apelación, como extraordinarios, revisión civil y casación, son en este caso, prescribe el art. 241, contrariamente a lo que ocurre en el derecho común, suspensivos de la ejecución de esas medidas; para llevarlas a cabo es necesario, pues, aguardar a que la sentencia haya adquirido la autoridad irrevocable de cosa juzgada.

Indicios de un crimen de falsedad. Si en el curso de este procedimiento se descubre la comisión del crimen de falsedad, cuyo autor esté vivo, el tribunal y el agente del ministerio público proceden de acuerdo con lo que disponen los art. 239 del C. de Pr. Civil y 330 del C. de Pr. Criminal. El tribunal puede ordenar el arresto del culpable, o trasmitir el expediente al ministerio público; en todo caso éste puede incoar la acción pública, conforme al derecho común.

Por su parte, el art. 250 autoriza al demandante a ejercer la acción civil accesoriamente a la acción pública, también conforme al derecho común.

La instrucción del incidente queda suspendida, desde el momento en que se inician esas actuaciones, y hasta tanto sea resuelta la cuestión penal. El art. 250 permite al tribunal, sin embargo, decidir sobre el incidente de inscripción en falsedad, antes de que sea resuelta la cuestión penal, si estima que puede ser instruido y juzgado independientemente del documento impugnado.

Cuestión de cosa juzgada. La sentencia condenatoria dictada con motivo de la persecución del crimen de falsedad

tiene una autoridad de cosa juzgada absoluta, que se impone al juez que conoce del incidente de inscripción en falsedad. En consecuencia, la condenación del autor de la falsedad impide que el incidente sea resuelto con el rechazamiento de la demanda. Por el contrario, cuando el autor de la falsedad sea descargado de la acusación porque el hecho no reúna las características del crimen de la falsedad, el documento impugnado puede ser declarado falso en el procedimiento relativo a la inscripción en falsedad.

SECCION IV–INFORMACION TESTIMONIAL

Sistema del C. de Pr. Civil. L. 834 de 1978. La información testimonial tratada en los Art. 252 a 294 fue sustituida por las disposiciones de los Art. 73 a 100 de la L. 834, que constituyen una traducción y adecuación en algunos casos, de las disposiciones de los Art. 204 y s. del Nuevo Código de Pr. Civil Francés.

De acuerdo con el Código de Pr. Civil existían dos tipos de procedimientos para el informativo: el *ordinario y el sumario.* El procedimiento ordinario era secreto, escrito y formalista. Los testigos, por derogacion de las reglas relativas a la publicidad de los procesos, deponían ante un juez comisario y no en audiencia del tribunal. De modo que el tribunal conocía de las declaraciones de los testigos no en forma inmediata, en audiencia, sino por la lectura del acta de dicha información testimonial levantada ante el juez comisario. Frente a este procedimiento, existía el informativo sumario, seguido en el procedimiento sumario, en los asuntos comerciales y ante las jurisdicciones de excepción. Este procedimiento era menos formalista, se realizaba en audiencia y no era absolutamente necesario el levantamiento de un acta o proceso verbal, a menos que el asunto fuera susceptible de apelación (Art. 410 y 411).

Se imponía pues dar un paso a un procedimiento más rápido y flexible, y menos expuesto a muchas y muy variadas causas de nulidad, por su carácter excesivamente formalista.

En Francia, se iniciaron en las reformas en el año 1958, hasta culminar con la adopción de las actuales disposiciones del Nuevo Código.

Existe actualmente, tanto en Francia como en nuestra legislación,

un solo procedimiento para llevar a cabo la información testimonial, que en muchos aspectos ha tomado los principios del antiguo informativo sumario.

De acuerdo con las reformas ya mencionadas, al tiempo que ha sido atenuado el formalismo, se han extendido los poderes del juez en la dirección del procedimiento.

De conformidad con las disposiciones de la L. 834 existen dos tipos de informativo: el informativo *ordinario* (Art. 91 a 99), y el informativo *inmediato* (Art. 100). El primero de ellos se aplica a los casos normales; el segundo permite al juez oir *de inmediato* la declaración de cualquier persona, en su despacho, en audiencia, o en cualquier otro lugar, en el curso de una medida de instrucción.

Plan de exposición. Se expondrán en primer lugar los principios generales, muchos de los cuales son tomados de la obra como originalmente fue expuesta, dada su vigencia. A continuación se expondrán las características de los dos tipos de información previstos por la nueva legislación.

§ I–PRINCIPIOS GENERALES

En qué consiste. La información testimonial (la ley dice tambien *informativo*) es el procedimiento prescrito para admitir la prueba por testigos.

Cuándo es posible. Aunque, como se ha visto, la prueba por testigos tiene un carácter excepcional, debido a la disposición del Art. 1341 del C. Civil, que la prohibe en términos generales para establecer actos jurídicos que se refieran a cosas cuyo valor exceda de 30 pesos [115] ; este modo de

(115) Una parte de la doctrina francesa (Laurent) *Principes de droit civil français*, 5a. ed., T. 19 nos. 347 y s; Glasson y Colmet Daage, T. I, Nos. 757, p. 809) estima que el consentimiento de las partes no puede derogar la prohibición del art. 1341, y que la parte que ha consentido en ella podría arguir la nulidad de la decisión que ha ordenado el informativo. La jurisprudencia francesa, sin embargo, se ha pronunciado en sentido contrario. La Corte de Casación ha afirmado que las disposiciones del art. 1341 no son de orden público y que las partes pueden renunciar a su aplicación (Civ. 6 de abril, 1960, Bull civ. I, No. 207; 25 de octubre, 1960, ob. cit. I, No. 456; 30 de enero, 1962, ob. cit. I, No. 64; 5 de mayo, 1962, ob. cit. I, No. 220; 22 de julio, 1964, ob. cit. I, No. 409), citadas por Dalloz, Encyclopedie Juridique, Vo. *Enquete*, *Témoins*, *Attestations*, Nos. 59 y s. No podría, en consecuencia alegarse por primera vez en casación, el medio deducido de la violación del Art. 1341 del C. Civil.

prueba es, sin embargo muy frecuente, dado el gran número de casos en que es permitida, por disposición expresa de la ley (116)

Cómo es ordenada. La prueba testimonial puede ser prescrita de dos modos distintos: o a pedimento de una de las partes, o de oficio, según resulta de las disposiciones de los Art. 87 y 93 de la L. 834 de 1978, que sustituye los Art. 34, 252, 253 y 432 del C. de Pr. Civil.

Cuando una de las partes pide que se ordene una información testimonial, el tribunal puede no ordenarla si aprecia que la demanda no reune las condiciones para ser admitida, o si en ese momento su convicción se haya formada por otro de los medios de prueba constantes en el debate (Casación, 8 de mayo, 1953, B. J. 514, p. 766).

La información testimonial es ordenada siempre por medio de una sentencia de instrucción.

Hechos cuya prueba puede ser ordenada. Para que el tribunal pueda prescribir una información testimonial es preciso que los hechos sean pertinentes, concluyentes y admisibles; que su prueba no esté prohibida por la ley, y que sea posible probarlos por testigo (Casación, 22 de febrero, 1949, B. J. 463, p. 99). Los hechos a probar deben también ser hechos controvertidos, esto es, negados por la parte contra quien se aducen. Si son reconocidos y no son negados, no debe ser ordenada una información testimonial, a menos que se trate de hechos que no puedan ser probados por la confesión como por ej. en materia de interdicción, de estado civil, etc.

Aunque los art. 73 a 100 de la L 834 no reproducen las disposiciones de los antiguos art. 34 y 253 del Código de Pr. Civil, ya derogados, las condiciones para la admisión de la prueba testimonial según se ha expuesto anteriormente, son exigibles. La disposición del art. 91 de la citada ley establece no solamente la obligación a cargo de la parte que solicita

(116) Respecto de los poderes de los Jueces del fondo para ordenar una medida, v. Casación, octubre, 1950, B. J. 483, p. 1007; 17 de marzo de 1954, B. J. 524, p. 522; diciembre, 1949, B. J. 473, p. 1067. Sobre la posibilidad de recurrir al informativo cuando existe un acto, pero que es oscuro o ambiguo, v. Civ. 1ra. 3 de marzo de 1969, D. 1969, 477.

una información testimonial de precisar los hechos a probar, sino que al juez compete determinar "los hechos pertinentes a probar".

Bajo el sistema de los antiguos textos, los jueces gozaban de un poder soberano para apreciar si los hechos presentados por la parte eran suficientemente precisos, y su decisión escapaba al control de la corte de casación. Esta jurisprudencia es válida aún en el actual sistema, apesar de que el juez no se encuentra ligado por los hechos así precisados por las partes, en virtud de lo dispuesto por el art. 82 de la L. 834 (art. 213 del C. de Pr. Civil Francés), en virtud del cual el juez está facultado para interrogar a los testigos sobre hechos no indicados en la decisión que ordenó el informativo, cuando esta prueba es admitida por la ley.

Carácter incidental. A diferencia del reconocimiento de escritura que puede ser introducido bajo la forma de una acción principal, tendiente a establecer la existencia de la prueba escrita contenida en un documento bajo firma privada, resulta del conjunto de las disposiciones de los art. 73 y s. de la L. 834 como lo eran en virtud del Código de Pr. Civil, que la información testimonial, lo mismo que los demás medios de prueba, no se haya regulada sino como un procedimiento incidental surgido en el curso de un proceso sobre el fondo de los derechos alegados por las partes.

Una parte de la doctrina sostiene, sin embargo, que a falta de una disposición expresamente prohibitiva de la ley, la información testimonial, lo mismo que la administración de algunos otros medios de prueba, puede ser motivo de una demanda principal; pero la jurisprudencia se inclina, de un modo general, a la solución contraria. (117)

Clases de información. Como se expresó anteriormente, existen dos tipos de información testimonial, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la L. 834: el informativo ordinario (art. 91 a 99) y el informativo inmediato (art.

(117) En Francia, en virtud del art. 145 del Nuevo Código de Pr. Civil, puede una persona que justifique un interés legítimo, solicitar una medida de instrucción, sea por requerimiento o por referimiento (v. Jean Vincent, *Procedure Civile* pág. 42; Dalloz, *Nouveau Code de procedure civile* 1983, art. 145, y la juris prudencia citada.

100). Estas formas del informativo se aplican a toda materia y ante todas las jurisdicciones (art. 73). Los asuntos de que conoce el T. de Tierras están regidos además por las disposiciones de los art. 75 y s. de la L. de Registro de Tierras.

II–LOS TESTIGOS

Objeto del testimonio. Es hábil para declarar como testigo toda persona que pueda suministrar informes sobre los hechos cuya prueba ha sido ordenada. El testigo es, en efecto, la persona que relata lo que ha percibido por medio de los órganos de los sentidos, especialmente lo que ha visto u oído, en relación con los hechos de la causa. Debe, por consiguiente, tener un conocimiento personal de esos hechos. Sin embargo, por extensión del concepto del testimonio, son citadas frecuentemente como testigos personas que solamente han oído hablar a otro acerca de esos hechos, o sobre lo que han oído referir en rumor público. Estos últimos testimonios son, evidentemente, muy débiles, y lo más que el juez puede hacer es tomarlos como simples indicios o presunciones más o menos sólidos.

No obstante lo indicado, la jurisprudencia francesa anterior al Nuevo Código de Procedimiento Civil admitió la validez del testimonio indirecto, especialmente en los casos en que éste versaba sobre lo que el testigo había conocido u oído de una persona determinada, pero era excluído en los casos en que era conducido a relatar las declaraciones de las personas cuyo testimonio directo era prohibido por ser partes en el proceso.

Los principios establecidos por esta jurisprudencia no parecen haber perdido vigencia con la disposicion del art. 199 del Nuevo Código, que establece con precisión que los testigos no pueden ser oídos sino sobre los hechos litigiosos de los que hubieran tenido conocimiento personal. (118)

El texto del art. 199 citado no fue recogido por la L. 834 de 1978.

(118) V. Dalloz, Enciclopedie, Procedure Civile, Vo. *Enquete, Témoins, Attestations*, Nos. 195 y sig.

Citación. De acuerdo con las disposiciones del C. de Pr. Civil, el tribunal podía oír solamente las personas que hubieran sido citadas como testigos conforme a las formalidades legales. Estas reglas eran menos rigurosas ante el J. de Paz y el T. de Tierras.

Actualmente, de conformidad con la L. 834 resultan dos cuestiones que se apartan de las antiguas normas: 1) el art. 87 de la citada ley establece que el juez, en el curso de una información testimonial puede, ya de oficio o a requerimiento de una de las partes, convocar u oír a cualquier persona cuya audición le parezca útil al esclarecimiento de la verdad; 2) el art. 93 faculta al juez para que pueda autorizar a las partes a presentar sus testigos sin formalidad previa, o indicar al secretario del tribunal dentro del plazo que el juez indique, los nombres y demás datos personales de dichos testigos, cuando las partes se encuentran en la imposibilidad de indicar al inicio, las personas que desea sean oídas. Esta facultad corresponde también al juez cuando ordena de oficio un informativo.

Número de testigos. Las partes pueden hacer oír el testimonio de cuantos testigos estimen necesarios. La disposición del art. 281 que establecía que la parte que sucumbía no estaba obligada a soportar sino el costo de producción de cinco testigos, no fue reproducida por la actual legislación sobre la materia.

Obligaciones del testigo. El testigo citado para concurrir a una información testimonial está obligado a comparecer, a prestar juramento, a declarar, a decir la verdad (art. 75 y 80 de la L 834).

Las obligaciones de comparecer, de declarar y de decir la verdad son, como se ha expuesto, uno de los efectos del proceso con relación a terceros; es una cooperación que les impone la ley al ejercicio de la función jurisdiccional.

La prestación de juramento es al mismo tiempo que una obligación del testigo, una formalidad esencial requerida a pena de nulidad del testimonio prestado. Su fórmula consiste simplemente en la promesa del testigo de decir la verdad.

El acta de la información testimonial levantada por el juez comisario o por el tribunal, o la sentencia en que consta el testimonio, cuando no es necesaria el acta según los casos, deben hacer constar la prestación de juramento por el testigo.

La nulidad resultante de que un testigo no prestó juramento, o de su constatación en el acta del informativo, es un medio que debe ser propuesto en las mismas condiciones que las otras nulidades. Esta nulidad no es de orden público; por consiguiente es suceptible de ser cubierta por el consentimiento de las partes, o por la ejecución sin reservas.

La falta de juramento de un testigo no conlleva la nulidad de la sentencia, cuando el tribunal no se ha apoyado en la declaración del testigo no juramentado, sino en otros medios de prueba.

Sanciones. El incumplimiento por el testigo de sus obligaciones de comparecer y declarar bajo juramento es sancionado, dispone el art. 76 de la L. 834 con una multa civil de RD$10.00 a RD$100.00. La indicada disposición legal establece que si el testigo no comparece es vuelto a citar a sus expensas, si su audición es considerada necesaria. Esas condenaciones pueden ser revocadas si el testigo justifica el motivo de su incomparecencia (mismo texto). La alegación de falsas excusas es castigada con prisión correccional (art. 236 del C. Penal).

Cuando el testigo declara falsamente incurre en el delito de perjurio (L. 202 de 1918).

El art. 86 de la citada ley 834 dispone asimismo, que si el testigo justifica que está en la imposibilidad de comparecer en el día indicado, el juez puede acordarle un plazo o trasladarse para recibir su declaración.

Personas incapaces de atestiguar. El art. 74 de la L. 834 establece que toda persona puede ser oída como testigo, a excepción de las afectadas por una incapacidad para prestar testimonio en justicia. Entre estas personas pueden citarse las condenadas a la degradación cívica (art. 32 del C. Penal) y las privadas por sentencia del derecho de deponer en juicio (art. 42 del C. Penal).

La indicada disposición legal establece que, sin embargo,

las personas incapaces de testimoniar pueden ser oídas en las mismas condiciones, pero sin prestar juramento. Pero los descendientes no podrán nunca ser oídos sobre los agravios invocados por los esposos en apoyo de su demanda de divorcio.

Dispensa. El art. 75 de la citada ley establece que podrán ser dispensados de declarar como testigos las personas que justifiquen un motivo legítimo. Los parientes o afines en línea directa de una de las partes o de su cónyuge aún esté divorciado, pueden negarse a testimoniar.

De acuerdo con lo establecido en el antiguo régimen, los parientes y aliados en línea directa, legítima o adoptiva, y el cónyuge aún divorciado podían ser *tachados* y por consiguiente impedidos para prestar testimonio, salvo que se tratara de una información testimonial en materia de divorcio.

De acuerdo con el nuevo sistema, estas personas pueden negarse a testimoniar, sin que caigan sobre ellas las sanciones anteriormente señaladas.

Menores de 18 años. Estas personas pueden ser oídas como testigos; pero el juez está en libertad de oir o no sus declaraciones y apreciar soberanamente el valor de éstas. Aunque la L. 834 no reprodujo el texto del antiguo art. 265 del C. de Pr. Civil, los menores pueden ser oídos en las mismas condiciones que los demás testigos, sin prestar juramento (art. 74 de la citada ley).

El secreto profesional. Tradicionalmente se admite que la persona citada como testigo puede negarse a hacer declaraciones sobre los hechos que ella no puede revelar a causa de haberlos conocido con motivo del ejercicio de una profesión que la obliga a guardar el secreto profesional. La revelación de tales hechos podría, según algunos, constituir el delito de divulgación de secretos, previsto por el art. 378 del C. Penal; pero esta solución parece discutible. Lo único cierto es que la persona que se halla en esta situación no puede ser obligada a prestar declaraciones sobre tales hechos. El art. 75 de la L. 834 prevee esta situación, al referirse a los casos de dispensa por motivos legítimos.

En relación al secreto médico, la doctrina y jurisprudencia francesas consideran que, por una parte, éste no es oponi-

ble sino a los terceros y por consiguiente, un médico no podría solicitar la dispensa de su testimonio y negarse a responder a su paciente las preguntas que éste le presenta, a menos que el médico considere que la revelación de la enfermedad de su paciente puede perjudicar sus intereses o traumatizarlo; que, asimismo es al juez, no a las partes, a quien compete apreciar la legitimidad del motivo por el cual el testigo solicita su dispensa, en virtud del artículo 206 del Nuevo Código.[119]

Tachas. Observaciones. De acuerdo con el sistema del C. de Pr. Civil, tachar un testigo era alegar contra éste ciertos hechos suceptibles de poner en duda su sinceridad. Cuando una tacha era aceptada, la declaración del testigo era tenida por no existente.

El art. 283 del citado Código suministraba una enumeración no considerada limitativa, de las categorías de testigos tachables. Esta disposición no fue adoptada por la L. 834. El sistema ha sido simplificado. Como se ha expresado, toda persona, en principio, puede ser testigo, cuando tiene conocimiento de los hechos a probar. Pero se distinguen las personas *incapaces* de testimoniar, de las personas *dispensadas* de deponer como testigo.

Las personas incapaces de testimoniar pueden pues ser objeto de tachas, aunque este término podría resultar impropio a la luz de las nuevas disposiciones legales.

Ciertamente, no puede pasarse por alto el derecho de una parte de manifestar su oposición a la audición de un testigo, aduciendo por ejemplo que el testigo está privado de deponer en juicio, o que existe enemistad o interés personal en el juicio, parentesco o cualquier otro motivo considerado legítimo.

La ley vigente no ha trazado pautas para hacer valer este derecho, pero es indudable que deberá ser ejercido antes de la audición del testigo, a menos que la causa haya sobrevenido después de la declaración, o que esté justificada por escrito (Casación, julio, 1960, B. J. 600, p. 1321).

(119) V. Dalloz, *Encyclopedie Juridique*, 1984, *Procedure Civile*, Vo. *Enquéte*, *Témoins*, *Attestations*, Nos. 261 y s.

Puede admitirse pues, que cualquier objeción a la declaración de un testigo podría ser presentada a manera de observación (v. art. 89, L. 834), ya previamente a la declaración o como medio de defensa de la parte interesada en que sea descartada la declaración del testigo.

Audición de los testigos. Poderes del juez. Los testigos son oídos en audiencia del tribunal o ante el juez comisionado, según se trate de un tribunal unipersonal o colegiado.

Serán oídos separadamente, en el orden que determine el juez, en presencia de las partes y de sus defensores o abogados, o en ausencia de éstos, si han sido regularmente citados. Excepcionalmente el juez puede, si las circunstancias lo exigen, invitar a una de las partes a retirarse, la que tendrá el derecho de tomar inmediatamente conocimiento de las declaraciones hechas en su ausencia. Si existe riesgo de que desaparezca la prueba, el juez puede proceder sin plazo (se entiende inmediatamente y sin formalidad alguna) a la audición de un testigo, después de haber emplazado a la parte, de ser posible (art. 77 y 78 de la citada ley).

Los testigos declararán sus apellidos, nombres, cédula personal, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, residencia y profesión; su vínculo de parentesco o de afinidad con las partes o de subordinación; de colaboración o de comunidad de intereses con éstas (art. 79).

Prestarán juramento de decir la verdad. El juez deberá advertirles que incurrirán en las penas de multa y prisión en caso de falso testimonio. En caso de que las personas sean oídas sin prestar juramento serán informadas de su obligacion de decir la verdad. Los testigos no podrán leer ningún proyecto, borrador o apunte (art. 79, 80 y 81).

El Art. 82 autoriza al juez a oir e interrogar los testigos sobre todos los hechos cuya prueba fuera admitida por la ley, aunque estos hechos no estuvieran indicados en la decisión que ordenó el informativo.

Las partes no deben interrumpir, interpelar o tratar de influir en las declaraciones de los testigos, ni dirigirse a ellos directamente, a pena de exclusión. El juez hará al testigo las preguntas que le sometan las partes, si lo estima necesario.

Puede oir de nuevo a los testigos, confrontarlos entre sí o con las partes. Está facultado asimismo, si fuere necesario, a ordenar la audición de los testigos en presencia de un técnico (art. 83 y 84).

Después de haber sido oídos, los testigos deberán permanecer a disposición del juez hasta la clausura del informativo o de los debates. Los testigos pueden hasta ese momento hacer las adiciones o cambios en sus declaraciones (art. 85).

En caso de que un testigo justifique no poder asistir a la información testimonial el día fijado, el juez puede acordarle un plazo, así como trasladarse a oir la declaración de dicho testigo (art. 86).

Durante el curso de un informativo el juez está facultado, ya sea de oficio o a requerimiento de las partes, a convocar u oir cualquier persona cuya audición le parezca útil al esclarecimiento de la verdad (art. 87).

Contrainformación. Información respectiva. De conformidad con el Art. 76 de la L. 834 cuando es ordenado un informativo, la prueba contraria puede ser hecha por testigos, sin que ésta tenga que ser ordenada. Es el ejercicio del derecho de defensa.

La parte demandada puede probar en la contrainformación solamente aquellos hechos que son la negación de los alegados por el demandante, o que atenúan su gravedad y su importancia. Ejemplo: si la sentencia ha prescrito la prueba testimonial de la obligación que es objeto de la demanda, el demandado puede probar en la contrainformación que la obligación no ha existido jamás; pero no puede probar su extinción por el pago, porque este hecho no constituye una simple negación de la deuda.

No obstante lo expuesto, este último razonamiento no parece sostenible dados los términos del art. 82 de la citada L. 834, en virtud del cual el juez puede oir o interrogar a los testigos sobre "todos los hechos para los cuales la ley admite la prueba, aunque estos hechos no estén indicados en la decisión que ordene la información".

Se admite que cuando el demandado en el incidente, no conforme con negar los hechos articulados por el demandan-

te, desea probar hechos contrarios a aquellos, él debe incoar, a su vez, una demanda tendiente a que se ordene otra información que tiene el carácter de principal lo mismo que la primera, es la llamada generalmente *información respectiva.* A diferencia de la contrainformación o prueba contraria que es de derecho, como ya se ha expresado, la información respectiva puede ser o no ordenada, según las circunstancias. Estas dos informaciones pueden practicarse ante el mismo juez o tribunal. Cuando el tribunal ha ordenado dos informaciones, hay también lugar a dos contrainformaciones.

Lo expuesto es consagrado, en el estado actual de nuestra legislación por el art. 73 de la L. 834. (120)

Acta. De conformidad con las disposiciones de los arts. 88 y 89 de la L 834, las declaraciones de los testigos serán consignadas en un acta. Pero, si ellas son recibidas en el curso de los debates, solamente se mencionará en la sentencia los nombres de las personas oídas y el resultado de sus declaraciones, cuando el asunto se juzgue en última instancia.

El acta hará mención de la presencia o ausencia de las partes, sus nombres y apellidos, cédulas, lugar y fecha de nacimiento, profesión y residencia de las personas oídas, del juramento prestado si hubiere lugar, y de las declaraciones respecto del parentesco o afinidad con las partes, o de subordinación, colaboración o comunidad de intereses.

Las personas que presten declaración firmarán dicha acta después de habérsele leído, y certificado que está conforme con su declaración. En caso necesario, se hará constar la negativa o imposibilidad de firmar o certificar conforme dicha acta.

Se harán constar asimismo las observaciones de las partes, las que pueden también ser anexadas a dicha acta cuando fueren escritas. El juez puede asimismo hacer constar en el acta sus comprobaciones sobre el comportamiento de los testigos durante la audición de éstos.

Será firmada por el juez y si hay lugar, por el secretario.

(120) V. Jean Vincent, ob. cit. p. 931, No. 719, Dalloz, *Encyclopedie, Procedure Civile*, Vo. Enquête, *Témoins, Attestations*, Nos. 159 y s.

§ III–INFORMATIVO ORDINARIO

Cómo se inicia. La información ordinaria (art. 91 a 99 de la L. 834) se inicia mediante conclusiones formales de la parte interesada, u ordenado de oficio por el juez. La parte que solicita el informativo debe precisar los hechos que pretende probar.

Esta *articulación* de los hechos, usando el término empleado por el Código de Pr. Civil tiene vital importancia.

En efecto, los hechos a probar deben ser suficientemente detallados, no simplemente invocados en masa, de manera que el tribunal pueda apreciar, respecto de cada uno de ellos, si son o no *pertinentes* (art. 91). Cuando en el curso del procedimiento surgen nuevos hechos, éstos pueden ser articulados aun después de la sentencia que ha ordenado el informativo.

Si el demandado reconoce los hechos, no hay lugar a ordenar la información testimonial a menos que se trate de materia que interese al orden público, o en la que no esté admitida la confesion como medio de prueba.

Si se trata de hechos cuya prueba está prohibida, el tribunal debe rechazar de oficio la demanda de información testimonial.

Sentencia. De conformidad con el art. 255 del C. de Pr. Civil, la sentencia que ordenaba el informativo debía contener dos disposiciones esenciales: la enunciación de los hechos y la designación del juez comisario para que éste levantara acta de la información testimonial, y de la contrainformación.

Esta serie de formalidades previstas por el antiguo sistema han desaparecido en gran parte, de acuerdo con lo establecido por la L. 834, como ya se ha expresado.

En virtud de estas reformas, la sentencia que ordena un informativo debe contener: 1.– Los hechos que el juez estima pertinentes para ser probados (art. 91); 2.– los nombres y apellidos de los testigos, sus domicilios y residencias (art. 92);

3.– indicar el calendario del informativo (art. 94). (121)

La indicación de los hechos a probar tiene como finalidad el que tanto el juez como los testigos sepan con toda precisión lo que respectivamente pueden y deben preguntar y responder, y el que la parte demandada sepa cuáles preguntas puede hacer en la contrainformación. De acuerdo con el sistema del C. de Pr. Civil, los testigos conocían estos hechos por la copia del dispositivo de la sentencia que se les notificaba al citarlos; igual ocurría respecto del demandado (antiguo Art. 260).

De conformidad con el art. 91 de la L. 834, corresponde al juez que ordena el informativo determinar los hechos pertinentes a probar. En consecuencia, la sentencia que admite unos hechos y rechaza otros, debe indicar los motivos en que funda el rechazamiento de éstos.

El art. 98 exige que el secretario, al citar a los testigos y a la parte, indique asimismo los hechos a probar. Pero la parte que ha obtenido la sentencia que ordena el informativo, deberá notificar la sentencia, por cuya vía la parte que recibe la notificación conocerá los indicados hechos, a menos que, en virtud de las disposiciones del art. 93 de la citada ley, el juez autorice a las partes a presentarse "sin otras formalidades" al informativo.

En caso de que las partes se encuentren en la imposibilidad de indicar al tribunal, al solicitar la información, los nombres y demás datos personales de las personas que desean sean oídas, el juez puede autorizarlas ya sea a presentarse al informativo con los testigos que desee oír, sin otras formalidades, o fijarles un plazo dentro del cual deberán informar al secretario, los nombres, domicilios y residencias de las personas que desean ser oídas (art. 93). De igual manera podrá proce-

(121) De acuerdo con la antigua legislación, era controvertida la competencia del juez de los referimientos para ordenar un informativo, salvo casos muy excepcionales, como por ejemplo, la audición de un testigo en peligro de muerte. Esta controversia ha desaparecido en virtud de lo dispuesto por el art. 808 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés (Art. 109 de la L. 834), en razón de que el juez de los referimientos puede ordenar "todas las medidas que no colidan con una contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo" (v. Dalloz, *Encyclopedie juridique*, *Procedure Civile*, Vo. *Enquéte*, *Témoins*, *Attestations*, Nos. 110 a 114).

derse cuando el informativo es ordenado de oficio por el juez.

De conformidad con los art. 91 a 96 de la L. 834, cuando la prueba testimonial sea ordenada por un tribunal unipersonal ésta será celebrada ante el mismo juez, o en caso necesario, ante otro juez comisionado. Si es ordenada por una corte de apelación, el informativo podrá celebrarse ante la misma corte, en pleno, o ante uno de sus miembros comisionado al efecto, o ante un juez comisionado.

En caso de que el informativo sea celebrado por el tribunal que lo ordenó o ante uno de sus miembros, si se trata de una c. de apelación, la sentencia indicará el día, hora y lugar en que se procederá a esta medida.

Si por el contrario, la sentencia comisiona a otra jurisdicción, la sentencia que ordena la medida de instrucción se limitará a señalar el plazo dentro del cual se practicará la información testimonial. Este plazo puede ser prorrogado por la jurisdicción apoderada, la que informará de esta circunstancia al tribunal que ordenó el informativo.

De acuerdo con la opinión generalmente adoptada, el juez comisionado debe practicar la información mediante el procedimiento que rige el tribunal delegante. Sin embargo, esta tesis no tiene en la actualidad gran interés ya que, de acuerdo con las reformas introducidas por la L. 834, el formalismo instaurado en el C. de Pr. Civil para el j. de primera instancia y la c. de apelación ha desaparecido, quedando vigente un procedimiento común para todas las jurisdicciones.

La comisión rogatoria puede ser conferida a un tribunal extranjero, el que, según se admite generalmente, no está obligado a aceptarla, a menos que resulte lo contrario de un tratado internacional, como por ej. el Código de Derecho internacional Privado (art. 388 y s.).

Comienzo de la información. Como se ha expresado, la sentencia que ordena la información testimonial, en caso de que esta se celebre en el lugar en el que se encuentre establecido el tribunal, indicará el día y la hora en que se realizará dicha medida de instrucción. De conformidad con el art. 97 de la L. 834, el secretario del tribunal citará los testigos por lo menos ocho días antes de la fecha fijada para el informati-

vo. Asimismo (art. 99) las partes serán informadas por el secretario de la fecha en que será practicada la información mediante simple carta, telegrama o verbalmente.

Es obvio que en el mismo plazo deberán ser citados los testigos de la contrainformación.

Punto de partida. De conformidad con el sistema del C. de Pr. Civil, para determinar el punto de partida de la información testimonial, era preciso distinguir entre las sentencias susceptibles de oposición y las no suceptibles de oposición.

Cuando la información había sido ordenada por una sentencia no suceptible de oposición, bien porque se tratara de una sentencia contradictoria, bien porque se tratara de una sentencia en defecto no suceptible de oposición, el plazo para comenzar la información corría a partir de la fecha en que la sentencia fuera notificada al abogado de la parte demandada o, si esta parte no tenía abogado, a partir de la notificación hecha a dicha parte (122), personalmente o en su domicilio (antiguo art. 257). En caso de que la información había sido ordenada por una sentencia en defecto susceptible de oposición, el plazo para comenzar la información testimonial corría a partir de la fecha en que expirara el plazo del recurso de oposición (antiguo art. 257). Cuando se trataba de una sentencia en defecto por falta de concluír, como el plazo de la oposición era de ocho días a partir de la notificación de la sentencia al abogado (antiguo art. 157), el plazo para comenzar la información testimonial comenzaba a contarse a partir de los ocho días que seguían a la notificación al abogado. Cuando la sentencia que ordenaba la información testimonial era en defecto por falta de comparecer, la oposición era admisible hasta la ejecución de la sentencia (antiguo art. 159). Pero, como la ejecución consistía en este caso precisamente en realizar la información testimonial, existía un círculo vicioso: la oposición podía ser hecha hasta la ejecución y la ejecución no podía comenzar hasta después de expirado el plazo de la oposición. Esta antinomia se resolvía admitiendo que, en este caso, la información testimonial no podía ser comenzada sino a partir del vencimiento de la octava de la notificación de la sentencia a la parte, ya que en esta primera octava la sentencia no podía ser ejecutada (antiguo art. 155), pero que la parte demandada po-

(122) La parte, aun cuando hubiera tenido abogado durante el procedimiento, podría no tenerlo después de la sentencia que ordenó la información, si su abogado murió o cesó en el ejercicio de su profesión.

día formar oposición hasta tanto no se terminara la información testimonial.

Respecto de la aplicación de los principios anteriormente enunciados, que se desprenden del sistema procesal anterior a las reformas de 1978, conviene tener en cuenta lo siguiente: 1) De conformidad con los arts. 97 y 98 de la L. 834, los testigos son convocados por el secretario del tribunal; asimismo el art. 99 de la misma ley establece que las partes serán informadas por dicho secretario, de la fecha del informativo, verbalmente o por simple carta o telegrama. Sin embargo, estas disposiciones no ponen a cargo del secretario la notificación de la sentencia que ordena el informativo, lo cual hace suponer que dicha actuación queda a cargo de la parte más diligente, con lo que se harían correr los plazos del recurso de oposición. 2) No todas las sentencias en defecto son suceptibles de oposición (art. 150 y 151 mod. por la L. 845 de 1978).

Esta situación no se plantea en Francia. De conformidad con los Arts. 150 y 170 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, las decisiones que ordenan o modifican una medida de instrucción, o las relativas a su ejecución, no son susceptibles de oposición; la apelación o el recurso de casación sólo son admisibles conjuntamente con el fondo, salvo, en lo que respecta a las decisiones que ordenan o modifican una medida de instrucción, cuando este recurso es admitido específicamente por la ley.

Al no ser incluídas por el Legislador de 1978 las disposiciones de los Art. 143 a 178 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, es forzoso admitir la posibilidad de un recurso de oposición en los casos admitidos por los arts. 150 y 151 mod. por la Ley 845.

Suspensión del plazo. Conforme al derecho común, el plazo para comenzar la información es suspendido por el ejercicio de un recurso ordinario (oposición o apelación) contra la sentencia que la ordenó.

Cómo se inicia. De conformidad con el art. 95 de la L. 834, cuando el informativo tenga lugar ante el juez que lo ordenó o ante un miembro de la c. de apelación, la sentencia

deberá indicar el día y la hora en que será celebrada esta medida. El informativo, en este caso, se inicia con la audición de los testigos.

En el caso de que el juez comisionado por la c. de apelación no es uno de sus miembros, la sentencia que ordena el informativo puede limitarse a indicar el plazo en el cual debe procederse a esta medida (art. 96).

Cuando se diere comisión rogatoria a otra jurisdicción, la sentencia indicará el plazo en el cual deberá procederse al informativo. Este plazo podrá ser prorrogado por el presidente de la jurisdicción comisionada, como ya se ha expresado.

Citación a los testigos. De conformidad con los arts. 97 y 98 de la L. 834, los testigos son convocados por el secretario del tribunal, ocho días por lo menos, antes de la fecha fijada para el informativo. En las convocatorias se mencionarán los apellidos y nombres de las partes y reproducirán las disposiciones de los dos primeros párrafos del art. 76 de la misma ley, relativos a la no comparecencia de los testigos y sus consecuencias legales.

Aunque las citadas disposiciones legales no indican la forma en que la citación a los testigos será hecha por el secretario, se sobreentiende que lo será mediante el uso del correo que, aunque no es un medio seguro ni recomendable, no es sin embargo extraño en nuestro derecho, ya que ha sido instaurado por la Ley de Casación y la Ley de Registro de Tierras.

Como ya se ha expresado, el art. 93 establece que, el juez puede autorizar a las partes a presentarse al informativo con los testigos que ellas deseen oir, sin otras formalidades, o informar al secretario del tribunal dentro del plazo que el tribunal fije, los apellidos y demás datos de los testigos. Este mismo procedimiento es usado en el caso de que sea ordenado el informativo de oficio.

Citación a la parte. Según expresa el art. 99 las partes son informadas de la fecha del informativo por el secretario del tribunal verbalmente o por simple carta o telegrama, segun se ha expresado.

Aplazamiento. Prórroga. Si todos los testigos de la in-

formación o de la contrainformación no pueden ser oídos en el mismo día el juez fijará otra fecha para la audición de los demás. Igualmente cuando circunstancias imprevistas lo requieran, la información o la contrainformación pueden ser prorrogadas, a fin de que los testigos citados que no pudieron ser interrogados en el día fijado, puedan serlo en una audiencia posterior.

En el estado actual de nuestra legislación, estas posibilidades se desprenden principalmente de las disposiciones de los art. 76 y 86 de la L. 834, en cuya virtud los testigos no comparecientes pueden ser nuevamente citados a sus expensas, si su audición es considerada necesaria (art. 76). Si por otra parte algún testigo justificara haber estado en la imposibilidad de comparecer el día fijado, el juez puede acordarle un plazo o trasladarse para recibir su declaración.

La posibilidad de una prorrogación puede asimismo presentarse en el caso de que el juez, ya de oficio o a requerimiento de la parte, disponga la convocatoria de una persona cuya audición se considere util al esclarecimiento de la verdad en el curso de una informacion testimonial (art. 87).

Ciertamente, aunque la ley no ha determinado los casos en los cuales puede ser solicitada una prórroga del informativo, la doctrina y jurisprudencia francesas están de acuerdo en que la solicitud de prórroga deberá estar fundamentada en motivos graves y exclusivos de una falta de la parte que la solicita. [123]

La prórroga favorece a la parte adversa en lo que respecta a su derecho al contrainformativo, aunque ésta, a su vez, no la haya solicitado.

Informativo inmediato. El art. 100 de la L. 834 autoriza al juez, en ocasión de una medida de instrucción, a oir inmediatamente a las personas cuya audición considere útil al esclarecimiento de la verdad.

Esta medida puede llevarse a cabo en audiencia, en el despacho del juez o en cualquier otro lugar. Constituye una

(123) V. Dalloz, *Encyclopedie Procedure Civile*, Vo. *Enquéte, Témoins, Attestations*, Nos. 332 y s.

innovación introducida por las nuevas leyes procesales con el fin de acelerar el procedimiento.

Se trata de una audición espontánea, sin formalidad previa, que puede resultar útil y conveniente en determinados casos. De aquí que las personas que van a oirse como testigos, deberán estar presentes en la audiencia o en el lugar donde se realice la medida. Puede ser solicitado tanto por las partes interesadas como ordenada de oficio por el juez.

Es obvio que las reglas generales expuestas respecto de la calidad de los testigos así como a su audición, son aplicables al informativo inmediato.

Nulidades. En este procedimiento puede incurrirse en diversas nulidades, por causa de violación u omisión de formalidades sustanciales o de formalidades prescritas a pena de nulidad.

La nulidad puede ser: total, si afecta al procedimiento en su conjunto, como por ej. cuando esta medida de instruccion no ha sido llevada a cabo dentro de los plazos prescritos o si ninguno de los testigos ha prestado juramento; o solamente parcial, como por ej. si uno de los testigos no ha prestado juramento.

La nulidad, total o parcial, puede ser obra de las partes o de sus mandatarios o causarse por negligencia del juez.

En caso de pluralidad de partes, la nulidad puede haberse producido frente a todas por ej. si ninguna ha sido citada, o con relación solamente a una de ellas, como por ej. si a unas se les cita para concurrir a la información y a otras no.

Hay que distinguir, por último, entre las nulidades de orden público, como por ej. la que resulta de que el juez haya actuado fuera de su jurisdicción territorial, y las nulidades de interés privado, como por ej. la que resulta de irregularidades cometidas en la citación a las partes o a los testigos.

La consecuencia de esas nulidades varía según el tipo de cada una. Es evidente que la nulidad total hace caer completamente la información o la contrainformación, y que la nulidad parcial deja intacta la parte del procedimiento no afectada. Análogamente, la nulidad cometida frente a una de las partes no afecta la validez del procedimiento con relación a

las otras, salvo si se trata de materia indivisible. Cuando la nulidad, total o parcial, proviene de un error del juez, el procedimiento puede ser recomenzado a sus expensas; pero no cuando la nulidad proviene de error del alguacil o del abogado. En este caso, lo que la parte puede hacer es reclamar contra ellos los gastos, y hasta indemnización. Cuando la nulidad es de orden público, el juez puede pronunciarla de oficio, pero no cuando es de puro interés privado.

Por otra parte, la nulidad del informativo no entraña la de la sentencia sobre el fondo, si esta decisión no está legalmente fundamentada en los resultados del informativo.

Conviene apuntar que los conceptos expuestos anteriormente por el autor de la obra, son indudablemente aplicables a la luz de las nuevas disposiciones vigentes a partir de las reformas de 1978.

Sin embargo, el régimen de las nulidades producidas en el curso de una información testimonial deberá regirse necesariamente por las disposiciones de los art. 35 a 48 de la L. 834 (v. supra, Tit. XIII, Sección III). Ello así, apesar del silencio de la referida ley.

Evidentemente el legislador de 1978 no adoptó las disposiciones de los art. 143 a 178 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, en los que se organizan todo lo relativo a los principios que pautan las decisiones que ordenan medidas de instrucción, su ejecución y nulidades. Entre estas disposiciones, el art. 175 del referido Código establece expresamente que las nulidades de las decisiones y de los actos de ejecución relativos a las medidas de instrucción están sometidas a las disposiciones que rigen la nulidad de los actos de procedimiento.

Notificación de las actas. De conformidad con el procedimiento establecido por los arts. 252 y sig. del Código de Pr. Civil ya derogados, la parte más diligente notificaba las actas de la información y contrainformación, y en el mismo acto o por acto separado, citaba al abogado de la otra parte, o a ésta, según se tratara de un asunto civil o comercial, para discutir el resultado de dicha medida de instrucción.

De conformidad con el art. 88 de la L. 834, las declara-

ciones de los testigos serán consignadas en un acta. Pero si ellas son recibidas en el curso de los debates solamente se hará mención en la sentencia del nombre de las personas oídas y del resultado de sus declaraciones cuando el asunto deba ser juzgado inmediatamente en última instancia.

De esta última disposición se desprende que solamente en los casos en que el asunto es susceptible de apelación, será obligatorio levantar acta de la información, y en consecuencia, se impone la notificación, dado el silencio de la ley en este aspecto.

Una de las partes o ambas, pueden, renunciando a la información o a la contrainformación, si entienden que por ellas no lograrán establecer la prueba, abstenerse de notificar las actas, en caso de que fuera obligatorio su redacción, y promover la audiencia; pero el tribunal puede tomar en cuenta el expediente de esas medidas de instrucción, para dictar sentencia. Esta prerrogativa del juez es, en el estado actual de nuestra legislación de una aplicación más justificada, dados los más amplios poderes reconocidos al juez en el manejo del procedimiento relativo al informativo.

Audiencia. En la audiencia, las partes concluyen en primer lugar sobre las nulidades del procedimiento, sobre las observaciones respecto de los testigos, tanto de la información como de la contrainformación, y por último emitirán sus conclusiones, en las que, lógicamente formularán sus comentarios sobre el resultado de las declaraciones.

Sentencia. El tribunal estatuirá en primer término sobre las nulidades propuestas, así como sobre las observaciones de las partes en el informativo, y finalmente decidirá el asunto, apreciando el resultado del informativo de acuerdo con su íntima convicción (Casación, 20 de enero de 1955, B. J. 534, p. 56; 13 de diciembre de 1955, B. J. 545, p. 2591; noviembre, 1962, B. J. 628, p. 1831; noviembre, 1965, B. J. 660, p. 949; marzo, 1966, B. J. 664, p. 504; 5 de noviembre, 1982, B J. 864, p. 2013)

Información en materia comercial y ante el j. de paz. El procedimiento preindicado es aplicable en la materia comercial y ante el j. de paz (v. art. 73 de la L. 834).

Información ante el T. de Tierras. Los arts. 75 y s. de la L. de R. de Tierras dictan sobre esta materia las siguientes normas.

"A petición de parte, en un procedimiento que se siguiere de acuerdo con las disposiciones de esta ley (Casación, febrero, 1969, B. J. 699, p. 221), o por indicación del tribunal, o aun de oficio, podrá éste hacer citar a cualquier testigo cuya declaración fuere necesaria para que comparezca en el lugar y hora señalados en la citación". "Si dejare de comparecer dicho testigo a la hora y el lugar indicados, podrá el Tribunal dictar un mandamiento de conducencia para que el testigo sea llevado a su presencia". "Los gastos que ocasionare el mandamiento de conducencia del testigo serán pagados por éste, si el Tribunal juzgare que dejó de comparecer sin motivo justificado".

Una copia de la citación firmada por el Secretario del Tribunal de Tierras, será enviada al testigo por correo o con un propio designado por dicho secretario . "La citación se hará de manera que el testigo pueda disponer del tiempo necesario para efectuar su traslado al lugar en que tenga que comparecer". "Cuando la citación haya sido hecha por un propio, deberá éste dar aviso al Secretario del Tribunal de Tierras, tan pronto como la haya efectuado".

"Cada testigo antes de ser oído, dirá sus nombres, profesión, edad, domicilio, si es o no pariente o afín de las partes y en qué grado, si es criado o está en servicio de alguna de ellas; y prestará juramento de decir la verdad".

"No podrán ser oídos como testigos: a) Los parientes o afines de las partes en línea directa, y en línea colateral, los parientes o afines hasta el tercer grado, inclusive; b) Los menores que, en opinión del Tribunal de Tierras, tengan poca edad e insuficiente capacidad para formarse una idea de los hechos sobre los cuales deben deponer; c) El marido en favor o en contra de la esposa y viceversa; d) El que hubiere sido condenado a una pena aflictiva e infamante, o siquiera a una pena correccional por robo, estafa o falsedad en escritura pública o privada". "El tribunal podrá, no obstante, oír a título

lo de información, a estas personas sin prestación de juramento".

"Las declaraciones de los testigos, con excepción de las que se hicieren de conformidad con el artículo siguiente, se prestarán verbalmente ante el Tribunal y cada testigo podrá ser interrogado por cualquiera de las partes o por los representantes de estas, o por el tribunal, con la suficiente amplitud y libertad para poner de manifiesto su exactitud, veracidad, ausencia de interés o prejuicio, con el fin de esclarecer todos los hechos importantes que se relacionen con la cuestión" (124) . "El tribunal tendrá facultad para limitar y concretar las preguntas a los fines que se acaban de señalar, y para descartar, asimismo, cualquiera pregunta que insinúe al testigo la contestación que la parte que interroga desea que se le haga".

"Si el testigo residiere a distancia del lugar en que el Tribunal celebrare sus audiencias, o si se hallare imposibilitado para asistir, o si se averiguare que dicho testigo piensa salir para algún lugar lejano y que continuará probablemente ausente al tiempo de necesitarse su declaración, o por cualquier otro motivo que merezca la aprobación del Tribunal, podrá éste ordenar que la declaración se preste bajo juramento y se notifique debidamente a todas las partes interesadas". "La declaración podrá prestarse por ante cualquier Juez que el Tribunal designare". "Las personas interesadas podrán presenciar el interrogatorio y hacer las preguntas que sean per-

(124) En este punto, el sistema de la información testimonial ante el T. de T., copiado del sistema procesal anglosamericano, es muy inferior al del derecho común, a causa de la peligrosa influencia que sobre la espontaneidad y la exactitud de las declaraciones del testigo pueden tener las preguntas capciosas, intimidantes o sugestivas (v. acerca de éste y otros defectos del sistema angloamericano de información F. Gorphe. *La critique de temoignage*, 2a. ed. 413).

Sin lugar a dudas, teniendo en cuenta estos inconvenientes, la S. C. de Justicia, en una sentencia de fecha 12 de mayo de 1954 (B. J. 526, p. 853) admite que los jueces del T. de Tierras pueden aplicar en la información testimonial las reglas previstas en los art. 252 y sig. (hoy derogados) del C. de Pr. Civil; que su aplicación implica un máximo de garantías al derecho de defensa. La práctica seguida en el T. de Tierras, en los informativos, acusa una marcada preferencia a la aplicación del derecho común. Conviene recordar sin embargo que, de acuerdo con las disposiciones de la L. 834 el formalismo que caracterizó el sistema del C. de Pr. Civil ha desaparecido en gran parte.

tinentes." "Terminado el interrogatorio, la deposición será leída al testigo, para que corrija cualquier palabra o frases que considere innecesarias o mal transcritas". "La declaración será suscrita por el testigo y certificada por el Juez que la tome, y enviada por éste en sobre cerrado por correo certificado, a la Secretaría del Tribunal en que estuviere pendiente el procedimiento". "La deposición podrá emplearse entonces como prueba contra cualquiera persona que hubiere recibido su notificación; pero será susceptible de impugnación legal por los interesados". "Sin embargo, la parte que hubiere asistido al interrogatorio, no podrá impugnarlo ante el Tribunal, si no lo hizo en el momento en que se recibía". "Si el Tribunal estimare que la declaración fue tomada irregularmente, podrá excluírla" (v. Casación, marzo 1951, B. J. 488, p. 336).

"Al determinar la preponderancia de las pruebas, el Tribunal tomará en consideración todos los hechos y circunstancias de la causa, el modo de declarar los testigos, su inteligencia, sus medios de conocer los hechos, la verosimilitud de sus declaraciones, su interés o falta de interés, y, asimismo, la credibilidad individual de ellos".

"El Tribunal de Tierras podrá, cuando lo considere conveniente y necesario, aceptar en audiencia declaraciones de venta verbales, de terrenos, realizadas por campesinos, en los casos en que se trate de procedimiento de saneamiento".

SECCION V–INFORME PERICIAL [125]

§ I–INFORME PERICIAL EN MATERIA CIVIL

En qué consiste. Cuando el proceso plantea cuestiones cuya solución exige conocimientos técnicos que el juez no posee es preciso que él recurra a personas que tengan esos co-

(125) Las reformas francesas contenidas en los arts. 232 a 284 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés, no fueron adoptadas por el elgislador dominicano en las reformas introducidas en el año 1978.

La nueva legislación francesa responde a una necesidad cada vez mayor de parte del juez de obtener un asesoramiento más acorde de la ciencia y la tecnología. Las reformas francesas no solamente reconocen un

nocimientos a fin de que le emitan un dictamen razonado contentivo de los elementos aplicables a la solución del caso (art. 302 y s.).

Esas personas entendidas son llamadas *peritos o expertos*. *Peritaje, peritación, juicio pericial o experticio* es la operación por medio de la cual los peritos o expertos proceden al examen de los hechos sometidos a su consideración. *Informe o información pericial* es la relación escrita de las investigaciones de todo género que los peritos han llevado a cabo, con indicación del resultado de las apreciaciones técnicas a que han llegado.

Cuándo procede. El peritaje es, en principio, *facultativo*, el juez lo ordena cuando, a su juicio, esa medida es indispensable o útil para llegar al esclarecimiento de la cuestión litigiosa. Puede ser ordenado de oficio, en ausencia de pedimento de las partes en ese sentido; pero, aunque las partes lo soliciten, el juez no está obligado a prescribirlo, si encuentra en el expediente otros elementos de convicción o si él mismo posee los conocimientos necesarios para llegar a una decisión (Casación, 26 de enero de 1923, B. J. 150-152, p. 13; 12 de junio de 1957, B. J. 563, p. 1153).

Por excepción a esa regla, el informe pericial es *obligatorio* en ciertos casos, por ej. en materia de rescisión de venta por causa de lesión (Art. 1678 del C. Civil), en ciertos casos de partición de inmuebles (Art. 824 del C. Civil), respecto de ciertas indemnizaciones en materia de arrendamiento (Art. 1447 del C. Civil).

Quien puede ser perito. Cualquier persona puede ser designada como perito (v. Casación, enero, 1958, B. J. 570, p. 124) con excepción de las condenadas a pena aflictiva o infa-

poder de iniciativa mayor en el juez, sino que crean una serie de normas que permiten una mayor celeridad en la realización de estas medidas de instrucción. La misión conferida al juez en el experticio puede ir desde una simple *constatación*, que no implica opinión sobre las consecuencias de hecho o de derecho; una *consulta* esto es, una opinión técnica que no requiere investigaciones complejas; y finalmente el *experticio*, que supone investigaciones más complejas, y no es ordenado sino en los casos en que no sean suficientes ni las constataciones ni las consultas, para el esclarecimiento de la causa (vo. Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1983, Art. 232 y s.; J. Vincent, *Procedure Civile*, pág. 946 y s.).

mante (Art. 32 del C. Penal), y de las privadas de esa facultad por una sentencia (Art. 42 del C. Penal).

Cómo es prescrito. El informe pericial es ordenado por sentencia que debe contener tres disposiciones distintas.

En primer lugar, debe indicar con toda precisión el *objeto de la diligencia pericial* (Art. 302). Esta indicación sirve de guía a los peritos, quienes no pueden practicar sus investigaciones sino sobre los objetos especialmente indicados en la sentencia; de lo contrario excederían sus poderes.

En segundo lugar la sentencia nombra un *juez comisario* ante quien presten juramento los peritos, o da comisión para esto al j. de paz del municipio en que los peritos van a actuar (art. 303).

Por último, la sentencia indica los *peritos* que las partes han designado, o, a falta de haberlo hecho las partes, los designados por el tribunal. Salvo en materia de verificación de escritura y de inscripción en falsedad, en que rigen disposiciones especiales (art. 196, 236), la designación de los peritos es obra exclusiva de las partes. Si éstas se han puesto de acuerdo a ese respecto antes de la sentencia, el tribunal se limita a confirmar esa designación; de lo contrario, nombra de oficio los peritos. Después de la sentencia, las partes pueden entenderse, en un término de tres días para escoger otros peritos que los nombrados de oficio, declarándolo en secretaría (art. 304 y 305). Este plazo no es prescrito a pena de caducidad; las partes pueden nombrar sus peritos hasta tanto no hayan prestado juramento los designados en la sentencia. (126)

Número de peritos. En general, el peritaje debe confiarse a tres peritos (art. 303) sea por la sentencia que lo ordena, sea por las partes; sin embargo, éstas pueden convenir en que un solo perito practique la diligencia pericial. Se admite igualmente que el tribunal, cuando prescribe de oficio el peritaje, puede confiarlo a un solo perito. La ley no permite confiar el peritaje a dos peritos, en razon de que, en caso de empate, no llegarían a adoptar opinión alguna.

(126) Sobre el carácter de las formalidades prescritas por los arts. 302 y s. v. Casación, octubre de 1950, B. J. 483, p. 969.

Recusación. El dictamen de los peritos puede tener una gran influencia sobre la solución del proceso, no obstante que el juez falla de acuerdo con su íntima convicción. De aquí el derecho conferido a las partes de *recusar* a los peritos, por las mismas causas que autorizan la recusacion de los testigos (art. 310). La recusación se formula mediante acto firmado por el recusante o por su apoderado especial, que enunciará las causas de la recusación y las pruebas en que se funda, o el ofrecimiento de probarla (art. 309). Los peritos nombrados de oficio pueden ser recusados solamente dentro de los tres días de su nombramiento; los nombrados por las partes pueden serlo únicamente cuando las causas de recusación hayan sobrevenido posteriormente a su nombramiento (art. 308). La recusación es llevada a la audiencia por acto de abogado, y decidida sumariamente (art. 311), por sentencia ejecutoria provisionalmente, no obstante apelación (art. 312). Si la recusación es admitida, la sentencia nombra otro perito en lugar del recusado (art. 313). La sentencia que desecha la recusación puede condenar al recusante a indemnizar a su contraparte por el perjuicio causado, y aun al perito; pero en este caso éste debe dimitir (art. 314).

Aceptación. Los peritos pueden no aceptar su designación, o, después de haberla aceptado, renunciar a ella. En este caso, las partes deben ponerse de acuerdo para reemplazarlos; si no lo hacen, el tribunal los reemplaza de oficio (art. 316). La aceptación resulta implícitamente de la prestación de juramento. El perito que, después de haberse juramentado, no quiere actuar, puede ser condenado, según las circunstancias, al pago de los gastos frustráneos, y hasta a indemnizar a la parte perjudicada (art. 316).

Juramentación. La parte mas diligente debe citar a los peritos para que concurran ante el juez comisario o ante el j. de paz, según los casos, en la fecha fijada por auto de este funcionario, a fin de prestar juramento de cumplir fielmente su cometido (art. 307). En el acta en que consta el juramento los peritos deben indicar el día y la hora en que van a practicar la diligencia pericial (art. 315). Si las partes se hallan pre-

sentes en el acto del juramento, esa indicación hecha por los peritos vale citación para hallarse presentes en la diligencia pericial, de lo contrario, la parte más diligente debe citar a su contraparte, por acto de abogado, para que concurra al lugar y a la hora indicados, a fin de que los peritos oigan las explicaciones de ambas partes.

Diligencia pericial. Luego de reunidos los peritos y las partes, éstas deben poner a disposición de los peritos la sentencia que ordenó el peritaje y los documentos relacionados con el asunto, a fin de que los peritos queden enterados de la extensión de su mandato y de los pormenores del asunto que van a examinar, y puedan entonces dar comienzo a la diligencia, dispone el art. 317. Ademas las partes pueden manifestar y requerir en ese momento lo que crean conveniente en relación a las operaciones periciales.

Informe pericial. Una vez cumplidas las formalidades anteriormente mencionadas, los peritos redactarán su informe en el mismo lugar contencioso o en el que ellos indiquen al efecto, conforme lo dispone el art. 317. Emitirán colectivamente un solo informe, el cual consta de dos partes. En la primera, preparada en presencia de las partes, los peritos hacen constar los hechos que han comprobado y enuncian el cumplimiento de las formalidades preliminares de su diligencia. En la segunda parte del informe los peritos dan a conocer su opinión, adoptada por mayoría de votos, conforme al art. 318. Esta última parte es preparada secretamente; las partes no deben enterarse de la opinión particular que cada perito ha sostenido en la discusión del informe. Con esto se asegura la libertad de juicio de los peritos.

De acuerdo con el art. 319, los peritos deben depositar el informe en secretaría; si se niegan a hacerlo, o si demoran el depósito, pueden ser compelidos bajo apremio corporal a cumplir su deber mediante citación ante el tribunal que ordenó el peritaje, prescribe el art. 320.

Tasa. Al pie del informe deberán ser tasados por el juez presidente los honorarios a que tienen derecho los peritos, en la forma prevista por la Tarifa de costas judiciales, a fin de

que puedan ser cobrados por ellos a la parte que requirió el informe pericial (art. 319).

Persecución de la audiencia. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 321, la parte más diligente debe notificar a su contraparte, por acto de abogado, copia del informe, a fin de discutir su validez y su resultado.

Nulidad del experticio. A diferencia de lo que ocurre con la información testimonial, la ley no pronuncia expresamente la nulidad del informe pericial por incumplimiento de las reglas de forma a que se halla sujeto; por consiguiente, conforme al derecho común de las nulidades, se le podrá anular cuando al practicarlo se ha contravenido a las formalidades sustanciales o han sido vulnerados los derechos de la defensa (v. Casación, octubre de 1950, B. J. 483, p. 969). Se ha juzgado que el peritaje no es nulo cuando el juramento no consta en el acta del informe, si éste fue realmente cumplido (art. 307 y 315, Casación, 22 de febrero, 1985, B. J. 891, p. 452).

Cuando el experticio es anulado el tribunal puede hacerlo recomenzar.

Discusión. En la audiencia se discute previamente, si hay lugar, la cuestión de la validez del informe pericial, y luego sobre el resultado de esa prueba, esto es en qué medida puede ser tomado en cuenta como elemento de decisión.

Las partes pueden controvertir únicamente acerca de las *apreciaciones técnicas* emitidas por los peritos, pero no acerca de los *hechos* que los peritos declaran haber comprobado. Sobre este último punto, en efecto, el informe pericial es fehaciente hasta inscripción en falsedad, puesto que emana de personas investidas con un mandato legal para proceder a tales comprobaciones.

Sentencia. Si el informe pericial es declarado nulo, queda naturalmente excluído del debate; si, por el contrario, es admitida su validez, permanece en el proceso como elemento de decisión. El tribunal no está ligado por el dictamen de los peritos, dispone el art. 323, sino que goza de un poder soberano para apreciar, de acuerdo con su íntima convicción, la prueba que resulta del informe, a menos que exista cons-

tancia en el expediente de que las partes han convenido anticipadamente en atenerse a la opinión de los peritos (v. Casación, 23 de diciembre de 1957, B. J. 564, p. 2624).

Nuevo peritaje. Si el peritaje no arroja información suficiente, el tribunal puede ordenar otro, dispone el art. 322.

Explicaciones en audiencia. Se admite que el tribunal puede, en vez de ordenar una nueva información pericial, prescribir que los peritos comparezcan en audiencia, a fin de suministrarle explicaciones complementarias.

§ II–INFORME PERICIAL EN OTRAS MATERIAS Y ANTE OTROS TRIBUNALES

Materia comercial. De acuerdo con el art. 429, el tribunal puede nombrar uno o tres peritos; lo hace de oficio cuando las partes no se han puesto de acuerdo en la audiencia. La recusación debe ser propuesta en los tres días de la sentencia, dispone el art. 430. El informe es depositado en secretaría, manda el art. 431. Existe en esta materia un peritaje de caracter especial, previsto por el art. 106 del C. de Comercio, aplicable únicamente en caso de contestación entre el porteador y el destinatario sobre el recibo de los objetos transportados; puede ser prescrito, aunque no haya proceso sobre el fondo, por el j. de p. i. o por el juez de paz, quienes podrán ordenar el depósito o el secuestro de los objetos porteados, o su venta en favor del porteador, hasta cubrir la cuantía del porte.

Referimiento. Se admite generalmente que en este procedimiento el j. de primera instancia puede prescribir que el informe pericial sea hecho por un perito único a quien puede serle dispensado el juramento, y que después de ser depositado el informe en secretaría, sin necesidad de notificarlo, el juez puede pronunciar sentencia.

Juzgado de paz. Cuando ordena un peritaje, generalmente combinado con una visita de lugares, el j. de paz entrega a las partes cédula de citación que indica la fecha y el lugar en que los peritos deberán prestar juramento, y el objeto de la diligencia pericial tal como lo enuncia la sentencia que

lo ordena (art. 29). En cuanto a los demás se siguen las reglas del derecho común compatibles con el procedimiento ante el j. de paz.

Tribunal de Tierras. La ley no prescribe nada acerca de este particular. El T. de T. puede, por consiguiente, ordenar esta medida de instrucción ateniéndose a los principios generales que rigen el procedimiento de los asuntos de su competencia.

SECCION VI–INSPECCION DE LUGARES (127)

§ I–MATERIA CIVIL ANTE EL J. DE P. I. Y C. DE A.

En qué consiste. Por esta medida de instrucción el tribunal practica el examen directo del objeto litigioso, mueble o inmueble. Generalmente es empleada en los procesos relativos a inmuebles, por ej. cuando hay discusión acerca de linderos, servidumbres, etc. Es una medida importante y de resultados decisivos, porque permite al juez cerciorarse directamente de los hechos controvertidos, en vez de hacerlos a través del testimonio de testigos o peritos.

Cómo es prescrita. De conformidad con el art. 295, la inspección de lugares puede ser ordenada sea a pedimento de parte, sea de oficio. Pero cuando la ley requiere expresamente un informe pericial, como por ej. en materia de partición de inmuebles (art. 824 del C. Civil), de lesión (art. 1678 del C. Civil), de arrendamiento (art. 1716 del C. Civil), el juez no puede ordenar esta medida sino a pedimento de una de las partes.

Quién la practica. En los tribunales colegiados la sentencia nombra un juez comisario, dispone el art. 296; en el j. de p. i., conforme al uso repetidamente expuesto, el juez se

(127) Las disposiciones de los arts. 295 a 301 del C. de Pr. Civil fueron sustituídas en Francia por los arts. 179 a 183 del Nuevo Código de Pr. Civil, relativos a las verificaciones personales del Juez. Estas disposiciones facultan al juez a realizar una investigación personal, con amplias facultades que le permiten efectuar verificaciones, comprobaciones, evaluaciones o rectificaciones, pudiendo hacerse asistir de un técnico, así como trasladarse a los lugares

autodesigna comisario. Conforme a la disposición general del art. 1035, el tribunal puede dar comisión rogatoria a un j. de p. i. o nombrar juez comisario al juez de paz del lugar en que vaya a efectuarse la diligencia.

Cómo es practicada. En todo caso, el juez encargado de esta medida de instrucción la lleva a cabo luego de dictar, a requerimiento de la parte más diligente, auto en que indique la fecha y el lugar de la diligencia, el cual es notificado por acto de abogado, de acuerdo con el art. 297. Esta notificación conlleva llamamiento para estar presente en la fecha y en los lugares indicados en el auto. El juez concurre asistido de su secretario (art. 1040). La parte requeriente debe depositar previamente en secretaría el importe de los gastos que ocasiona esta diligencia, dispone el art. 301, calculados conforme a las disposiciones de la Tarifa de costas judiciales.

Acta. De acuerdo con el art. 298, el juez comisario levanta acta de la diligencia, dispone el art. 301, en la cual debe consignar las comprobaciones hechas y todos los datos que puedan ser útiles para la solución del proceso.

Audiencia. La parte más diligente debe notificar, por acto de abogado, copia del acta levantada por el juez, manda el art. 299. Tres días después de esa notificación puede perseguirse audiencia.

II–OTROS TRIBUNALES Y OTRAS MATERIAS

Juzgado de Paz. Disponen los art. 41 y s. que la inspección o visita de lugares puede ser combinada con la información testimonial o con el peritaje, o con ambas medidas de instrucción. El secretario lleva consigo el original de la sentencia que prescribe la visita de lugares (art. 30). Este aporte de la sentencia reemplaza las notificaciones exigidas en otras jurisdicciones. De esta medida de instrucción no es necesario levantar acta sino en los casos apelables; en los asuntos no apelables basta consignar en la sentencia el nombre de los peritos, su juramentación, y el resultado de la medida. El j. de paz puede dictar sentencia en los mismos lugares visitados, dispone el art. 42.

T. de Tierras. Es obvio que en el proceso de saneamiento inmobiliario el tribunal debe actuar tan cerca como sea posible de los inmuebles litigiosos; de ahí las disposiciones de los art. 70 y 74 de la L. de R. de T.: según la primera el juicio podrá celebrarse en el lugar mas conveniente; de acuerdo con la segunda, el tribunal deberá tomar en cuenta, para determinar las colindancias, entre otras cosas los hitos o mojonaduras, cercas, murallas, setos, zanjas o trochas colocadas sobre el terreno. En este procedimiento, pues, no es indispensablemente necesario prescribir de modo expreso la inspección de lugares, puesto que esta diligencia entra normalmente en los deberes del tribunal; pero cuando es ordenada expresamente, lo que ocurre con frecuencia, el tribunal debe poner a las partes en condiciones de asistir a esta medida, a fin de que formulen sus observaciones. En todo caso, el tribunal puede, al mismo tiempo que inspeccionar los lugares, interrogar allí mismo a los testigos.

SECCION VII– INTERROGATORIO Y COMPARECENCIA PERSONAL

La confesión. La confesión es el medio de prueba más completo y seguro; pero casi nunca es el hecho espontáneo de la parte. Es preciso provocarla por medio de un procedimiento que permita conducir la parte ante el tribunal, a fin de que sea interpelada acerca de los hechos de la causa.

El C. de Pr. Civil establecía dos medios para llegar a este resultado: *el interrogatorio sobre hechos y artículos* (art. 324 y s.); *la comparecencia personal* (Art. 119), sustituído por los art. 60 a 72 de la L. 834 de 1978. El primero era secreto y formalista, practicado ante un juez comisario; el segundo es, en principio, público y libre, practicado en audiencia del tribunal. Como ambos tienen por objeto obtener la confesión, existían entre ellos numerosas analogías relativamente a la mayor parte de las condiciones de fondo; en cambio, estaban separados por diferencias en cuanto a las respectivas reglas de forma a las que estaban sometidos.

En el procedimiento del interrogatorio, la parte comparecía ante un juez comisario, sin la presencia de su adversario, y era interrogada sobre cuestiones precisas, notificadas con antelación.

La práctica hizo que se recurriera más comúnmente a la comparecencia personal, que puede ser ordenada de oficio, a diferencia del interrogatorio, y ser realizada en audiencia del tribunal, lo que permite a éste confrontar a las partes y dirigir el interrogatorio.

La comparecencia personal era tratada en un solo artículo del Código, brevemente.

Lo expuesto impuso cambios en la legislación francesa que culminaron con la desaparición del interrogatorio sobre hechos y artículos, incluyendo en el nuevo Código (art. 184 a 198) un procedimiento más completo y flexible, para la comparecencia personal.

La L. 834 en sus art. 60 a 72 adoptó la legislación francesa respecto de la comparecencia personal. Sus disposiciones son una traducción literal de los textos franceses.

Aunque el legislador dominicano no derogó expresamente las disposiciones del Código de Pr. Civil relativas al interrogatorio sobre hechos y artículos, en completo desuso en la práctica del derecho, es obvio que este procedimiento desapareció en virtud de la disposición contenida en el art. 142 de la L. 834 de 1978. Las referencias que se hagan en la obra lo serán por un motivo puramente histórico, y por su similitud, en muchos aspectos, a la comparecencia personal.

Materias en que es posible. De acuerdo con el art. 60 de la L. 834, la comparecencia personal puede ser ordenada en toda materia, por consiguiente, aun en los casos en que la prueba testimonial es inadmisible. No obstante la generalidad del texto, esta medida de instrucción no puede ser empleada en los casos en que la ley prohibe la prueba de ciertos hechos. Tampoco puede ser ordenada en los casos en que la ley exije que la prueba de ciertos hechos sea suministrada de una cierta manera, y no precisamente por medio de la confesión. Si, no obstante la exigencia de un determinado medio de prueba, el juez ordenare la comparecencia personal, hay que admitir

que las declaraciones recibidas en esta forma, que no constituyen una prueba propiamente dicha, puedan sin embargo ser retenidas como elementos de convicción a título de presunciones, en todos los casos en que la prueba testimonial es admisible.

De acuerdo con las reglas generales que rigen la prueba, la comparecencia personal debe recaer sobre hechos *pertinentes, concluyentes y admisibles.*

Aunque las nuevas disposiciones legales sobre la comparecencia personal no lo establecen expresamente, ésta puede ser solicitada y ordenada en todo estado de la causa, pero sin retardo del fallo.

Esta recomendación era dictada expresamente por el art. 324 actualmente derogado.

Procedimiento de la comparecencia personal; sus resultados. Esta medida de instrucción consiste, como su nombre lo indica, en la asistencia de una de las partes o de todas las partes a la audiencia del tribunal, para que suministren personalmente las explicaciones que ellas y el tribunal consideren útiles al esclarecimiento de los hechos de la causa y que muy frecuentemente no se encuentran suficientemente expuestos en los memoriales y actuaciones del expediente.

La comparecencia personal puede ser ordenada sea a requerimiento de una de las partes, sea de oficio por el tribunal. Esta posibilidad confiere al tribunal un cierto poder en la impulsión y disposición del proceso.

La comparecencia personal es pública, pero, de conformidad con el art. 62 de la L. 834, puede siempre celebrarse en cámara de consejo, esto es, en forma no pública.

Ambas partes son cuestionadas, o pueden serlo, una en presencia de la otra o separadamente, si así lo exigen las circunstancias, pero deben ser confrontadas si una de las partes lo solicita.

En caso de que la comparecencia personal sea ordenada respecto de una de las partes, dicha parte será interrogada en presencia de la otra, a menos que las circunstancias exijan que este interrogatorio se realice inmediatamente o fuera de la presencia de la otra parte. En este caso se reser-

vará a la parte ausente el derecho de tener inmediatamente conocimiento de las declaraciones de la parte interrogada (art. 63 de la citada ley).

Como se observa por las disposiciones legales citadas, se preveen todas las combinaciones posibles en el interrogatorio de las partes: una en presencia de la otra, separadamente, con o sin confrontación.

Por otra parte (texto legal citado) la ausencia de una de las partes no impide la audición de la otra.

Es indudable que estas disposiciones legales abandonan a la prudencia del juez todas las cuestiones que deben ser presentadas a las partes en la comparecencia personal.

De acuerdo con el art. 64 de la L. 834 las partes pueden ser interrogadas en presencia de un técnico y confrontadas con los testigos.

La posibilidad de interrogar a una de las partes en presencia de un técnico permitiría al juez cuestionar de inmediato al técnico asuntos relativos al comportamiento de la parte interrogada (por ej. el caso de un incapaz que fuera oído en presencia de un psiquiatra).

La facultad asimismo que se reconoce al juez de confrontar a las partes con los testigos, son normas que ciertamente se apartan de las reglas estrictas del antiguo derecho para facilitar al juez la investigación de la verdad. [128]

De conformidad con el art. 66 de la L. 834, la comparecencia personal tendrá lugar en presencia de los defensores o éstos legalmente citados. Si una de las partes está ausente, ello no impide interrogar a la otra (art. 63), consagrando así legalmente una práctica del antiguo derecho.

Las partes deberán responder a las preguntas que le sean formuladas sin poder leer ningún proyecto (art. 65). Las respuestas deben ser pues personales y expontaneas.

El juez, si lo estima necesario, puede hacer las preguntas que las partes le sometan, después del interrogatorio (art. 67). El interrogatorio queda pues a discreción del juez. Las partes no pueden ser interrogadas directamente por los defenso-

(128) E. Blanc, *Nouveau code de procedure civil commenté dans 1 ordre des articles*, tomo I, p. 172.

res; éstos después del interrogatorio, podrán presentar al juez las observaciones y pedimentos que juzguen convenientes, a las que accederá el juez si lo considera conveniente.

Cuando una de las partes se encuentra en la imposibilidad de presentarse, el juez que haya ordenado la comparecencia puede transportarse donde se encuentre dicha parte, previa convocatoria a la parte adversa (art. 70).

En el procedimiento de la comparecencia personal pues, cada una de las partes puede controlar las contestaciones dadas por su contraparte y hacer notar sus contradicciones, provocar nuevas preguntas y pedir acta de sus confesiones. Como se ve, en la comparecencia personal son respetados los principios de inmediación y de publicidad del proceso.

De conformidad con los art. 68 y 69 de la citada L. 834, cuando se celebra una comparecencia personal se levantará acta de las declaraciones de las partes, así como de la ausencia o negativa a responder. Pero esta acta puede ser suplida por una mención de la sentencia, si el asunto es juzgado en última instancia. Dicha acta será firmada por las partes después de su lectura, o después que haya sido certificada conforme a sus declaraciones, de cuya circunstancia se hará mención en el acta. En caso contrario, se hará constar que las partes rehusan firmar o certificar ésta. El acta así levantada será fechada y firmada por el juez; si ha lugar, por el secretario.

La jurisprudencia francesa ha juzgado [129] que los jueces no están obligados a mencionar en su sentencia las declaraciones de las partes contenidas en el acta de la comparecencia personal. Que no obstante, estando sometida la acción en nulidad de los actos relativos a las medidas de instrucción a las disposiciones que rigen los actos de procedimiento, la parte que la invoca estará obligada a probar el agravio que le causa la irregularidad, aún cuando se tratare de una formalidad sustancial y de orden público.

Personas a que se aplica. Esta medida de instrucción puede ser aplicada únicamente respecto de las partes en el

(129) V. E. Blanc, ob. cit. tomo I, Art. 194, p. 173.

proceso, sean principales o intervinientes, pero no respecto de terceros; estos no pueden ser interrogados sino en calidad de *testigos*, en la forma de una información testimonial.

El art. 71 de la L. 834 establece, relativamente a los incapaces, que el juez podrá hacerlos comparecer bajo reservas de las reglas relativas a la capacidad de las personas y a la administración de la prueba, así como a sus representantes legales o a aquellos que asistan a los incapaces.

Indudablemente, si bien es cierto que de las declaraciones de los incapaces no puede válidamente deducirse la confesión, puesto que éstos no pueden disponer de sus derechos litigiosos, el juez puede obtener de sus declaraciones, las informaciones que fueren útiles en la investigación de la verdad. Por otra parte, sus representantes legales pueden ser llamados a comparecer y sus declaraciones serán oídas en la presencia o ausencia del incapaz.

Materia comercial. La comparecencia personal no es una medida de instrucción distinta en la materia comercial. La disposición del art. 60 de la L. 834 establece que el juez puede ordenar esta medida de instrucción en toda materia.

Ante el J. de Paz. Los art. 9 y s., reguladores de la comparecencia de las partes, no excluyen la posibilidad de que el j. de paz obtenga directamente de ellas las declaraciones que considere útiles para la solución del litigio.

De acuerdo con la actual legislación la facultad para el j. de paz de ordenar la comparecencia personal de las partes se encuentra reconocida por las indicadas disposiciones del art. 60 de la L. 834.

T. de Tierras. Dados el poder de investigación de que dispone este tribunal y la flexibilidad de su procedimiento, es evidente que las declaraciones de las partes pueden ser recibidas en cualquier forma, siempre que se les respete el derecho de la defensa.

Carácter de las declaraciones. La declaración hecha por la parte en la comparecencia personal constituye una confesión judicial (art. 1356 del C. Civil), y produce, en consecuencia, tres efectos.

En primer lugar vale como medio de prueba, que hace

plena fe contra la parte de quien emana. Este efecto es puramente relativo: se produce únicamente en el proceso en que la confesión ha tenido lugar; en otro proceso, esa declaración no constituye sino una mera confesión extrajudicial que puede ser tomada en consideración por el juez como medio de convicción en la medida en que lo crea conveniente.

En segundo lugar, esta confesión es indivisible con respecto a la parte que la hizo; su contraparte debe aceptarla o no aceptarla en su totalidad, siempre que se refiera a un hecho único (v. Casación, julio, 1950, B. J. 480, p. 575).

Por último, la confesión es irrevocable, aun cuando haya intervenido como consecuencia de un error de derecho. En cambio, puede ser revocada cuando ha sido la consecuencia de un error de hecho.

Cuando la declaración hecha en la comparecencia personal no constituya una verdadera confesión y no forme por consiguiente una prueba completa, ella puede, sin embargo, ser tomada en consideración como principio de prueba por escrito (art. 1347 del C. Civil), y rendir en consecuencia admisible la prueba testimonial.

La falta de declaración propiamente dicha, las afirmaciones hechas por la parte relativamente a hechos constantes, y en fin, sus vacilaciones, pueden ser tomadas en consideración por el tribunal a título de presunciones de hecho, susceptibles de servir de fundamento al fallo.

En este orden de ideas, el art. 72 de la L. 834 expresa que el juez podrá sacar cualquier consecuencia de derecho de las declaraciones de las partes, de la ausencia o de la negativa a responder de una de ellas, y considerar esta como equivalente a un principio de prueba por escrito.(130)

SECCION VIII–JURAMENTO

Noción. El juramento es la afirmación solemne que una persona hace acerca de la verdad de un hecho o de la seguridad de una promesa.

(130) V. Jean Vincent, *Procedure Civile*, p. 942 y s. y la jurisprudencia citada.

Por tener un origen religioso, se le describe generalmente como "un acto a la vez civil y religioso, por el cual quien jura toma a Dios como testigo de la verdad de un hecho o de una promesa". [131]

El juramento extrajudicial es una convención sometida al derecho común en cuanto a sus condiciones de formación y a su prueba.

El juramento judicial, como su nombre lo indica, es el que se presta ante el juez. Puede ser *decisorio o supletorio* (art. 1357 y s. del C. Civil).

Juramento decisorio. Es el deferido por una de las partes a la otra. Es posible esta prueba en toda materia susceptible de transaccion, y entre las partes capaces de transigir (art. 1358 del C. Civil). Debe versar acerca de un hecho personal a la parte a quien se le difiere. (Art. 1359 del C. Civil).

El juramento decisorio puede ser deferido aun por la parte que carece en absoluto de medios de prueba (art. 1360 del C. Civil), y aun a la parte que invoca un acto auténtico en apoyo de sus pretensiones. El hecho a probar debe ser uno cuya prueba no esté prohibida por la ley; tampoco puede establecerse de este modo un hecho que no pueda ser probado por la confesión. Pero el juramento no puede ser deferido con el fin de suplir la ausencia de un acto solemne, como por ej. si se trata de una donación.

El juramento puede ser deferido en todo estado de causa (art. 1360 del C. Civil), aun en grado de apelación.

Si la parte a quien se le defiere el juramento rehusa prestarlo ella pierde el proceso (art. 1361 del C. Civil); pero esa parte puede, a su vez si se trata de un hecho común a ambas, deferir el juramento a su contraparte, y ésta se encuentra entonces en la misma situación que si se le hubiera deferido el juramento, esto es, pierde el proceso si no se aviene a jurar.

Si la parte presta el juramento que le es deferido, ella gana el proceso, sin derecho para su contraparte de probar la falsedad del juramento (art. 1363 del C. Civil).

El tribunal tiene poder discrecional para acoger o dese-

(131) **Dalloz**, ***Repertoire Pratique*, Art. *Preuves*, 1509.**

char el pedimento de una de las partes tendientes a deferir el juramento a su contraparte, aun cuando se encuentren reunidas las condiciones exigidas por la ley para que el juramento pueda ser deferido; lo rechazará, por ej., si entiende que la prueba se halla establecida por otros elementos de la causa, o que los hechos sobre los cuales se quiere deferir el juramento no son pertinentes y concluyentes.

Juramento supletorio. Este juramento puede intervenir en dos hipótesis (art. 1366 y s. del C. Civil):

1a. El juramento puede ser deferido por el juez a una u otra de las partes cuando la pretensión de una de ellas no esté ni plenamente justificada ni enteramente desprovista de prueba (juramento supletorio propiamente dicho; art. 1367 del C. Civil).

2a. El juramento puede ser deferido de oficio al demandante cuando es imposible de otra manera determinar el valor de la demanda (juramento estimatorio, juramento *in litem;* art. 1369 del C. Civil). Al deferir este juramento, el juez debe determinar la suma hasta cuyo importe será creído el demandante. [132] .

El adversario de la parte a quien se le defirió puede probar la falsedad del juramento (v. sobre el valor probatorio del juramento supletorio, Casación, 2 de julio de 1957, B. J. 564, p. 1359).

Se admite generalmente que la parte que asiste sin protestas ni reservas a la prestación del juramento deferido de oficio da por anticipado aquiescencia a la decisión que pres cribió esta medida, y a las sentencias que sean una consecuencia de ella.

Cómo es ordenado. En principio, la prestación del juramento es ordenada por sentencia, dispone el art. 120. Se admite, sin embargo, que esta sentencia puede omitirse cuando la parte a quien su contraria le defiere el juramento se halla personalmente presente en la audiencia y consiente en prestarlo inmediatamente.

(132) Respecto del juramento supletorio, v. 1o. de junio, 1972, D. 1972, Sum. 139, citada por J. Vincent, *Procedure civile*, pág. 943, nota (5).

Según disponen los arts. 120 y 121, la sentencia que ordena esta medida debe indicar los hechos sobre los cuales será prestado el juramento, y la audiencia en que esto se llevará a cabo. La primera formalidad es sustancial. Esta sentencia debe ser notificada al abogado, conforme a la regla prescrita en el art. 147. Algunos autores opinan que también debe ser notificada a la parte, y otros que basta la notificación a la parte, porque el juramento es un hecho personal de ella; pero esto último no parece admisible en presencia de la regla general del art. 147, que prescribe que, en todos los casos, la sentencia sea notificada al abogado.

Prestación del juramento. El juramento es prestado, en audiencia, por la parte personalmente, en presencia de la otra parte, la cual debe ser llamada por acto de abogado, o, si no lo tiene, por acto de alguacil (art. 121). Si la parte que debe jurar se encuentra impedida el tribunal comisionará un juez para que, asistido del secretario, reciba el juramento en el domicilio de ella. En caso de alejamiento de la parte que debe jurar, el tribunal comisionará al efecto a un juez del lugar de su residencia (art. 121, 1035).

La ley no ha prescrito forma sacramental alguna para el juramento; basta, pues, que el jurante diga en alta voz. *lo juro*. Si no sabe español, el intérprete judicial traducirá para el que jura la pregunta contentiva del hecho sobre el cual versará el juramento, y transmitirá luego al tribunal la traducción del juramento. Un mudo puede prestar juramento por escrito.

La parte que no concurre a prestar el juramento es condenada (art. 1361 del C. Civil). La sentencia es apelable, y es susceptible de los recursos extraordinarios cuando es en última o en única instancia; pero no está sujeta a oposición, puesto que, según se ha supuesto, esa parte ha comparecido y concluído.

Materias comerciales. Ante el j. de p. i., la prestacion del juramento se halla sometida a las reglas generales del procedimiento de los asuntos comerciales, anteriormente expuestos.

Juzgado de Paz. T. de Tierras. Ante estos tribunales las partes pueden deferirse y referirse respectivamente un juramento decisorio, y asimismo el juez puede deferir de oficio el juramento supletorio, procediéndose a prescribirlo y prestarlo de conformidad con sus respectivos procedimientos.

CAPITULO III–DEMANDAS INCIDENTALES

SECCION I–PRINCIPIOS GENERALES

Definición. Las demandas incidentales son procedimientos accesorios que se incoan en el curso del proceso por una de las partes contra la otra, por una de las partes contra un tercero, o por un tercero contra una o todas las partes. Su carácter general consiste en promover una cuestión que tiende a modificar el fondo de las prestaciones de las partes o a obtener que se ordene una medida provisional o conservatoria.

Como se ha explicado (supra, Libro IV, Tit. II), las demandas incidentales son: *adicionales,* las formadas por el demandante contra el demandado; *reconvencionales,* las emanadas del demandado contra el demandante; en *intervención,* las emanadas de una de las partes contra un tercero o de un tercero contra una o ambas partes del proceso (forzosa en el primer caso, voluntaria en el segundo caso) ; *provisionales,* las que una cualquiera de las partes somete al tribunal en solicitud de una medida provisional o conservatoria para mientras dure el proceso.

Ocasiones en que pueden presentarse. Las demandas incidentales pueden presentarse en toda materia y ante todos los tribunales. Ante el j. de p. i. en materia civil y ante la c. de a. en toda materia, las demandas incidentales son instruídas siguiéndose las reglas trazadas por el C. de Pr. Civil para los asuntos civiles. En materia comercial ante el j. de p. i., en los asuntos de la competencia del J. de paz y del T. de Tierras se siguen análogamente las reglas de los respectivos procedimientos ante estas jurisdicciones.

SECCION II–DEMANDAS ADICIONALES

Condiciones de admisibilidad. Para que el demandante pueda incoar una demanda adicional contra el demandado es indispensable que la pretensión así agregada a la demanda principal tenga alguna relación estrecha con la demanda principal.

Justificación. Las condiciones enumeradas se encaminan a evitar que el demandante sorprenda deslealmente al demandado, sometiendo al tribunal cuestiones absolutamente ajenas al contenido de la demanda principal. Como se ha expuesto, el demandante debe enunciar en la demanda principal el objeto y los medios que sirven de fundamento a su pretensión, de manera que el demandado pueda encontrarse oportunamente en condiciones de presentar sus medios de defensa. A su vez, la exigencia de que la demanda adicional tenga estrecha conexión con la demanda principal tiende a salvaguardar la defensa del demandado; su derecho de defensa no es lesionado, puesto que ya conoce los medios en que el demandante funda sus pretensiones. Toda demanda adicional que reúna esa condición es admisible, aun cuando sea más importante que la demanda principal.

SECCION III–DEMANDAS RECONVENCIONALES

Concepto. Es preciso no confundir los medios de defensa del demandado con las demandas reconvencionales. El demandado tiene derecho de proponer contra la demanda cuantos medios de defensa juzgue oportunos para obtener su rechazamiento, total o parcialmente. El dominio propio de las defensas es el de repeler el ataque contenido en la demanda, sin que el demandado reclame condenación alguna contra el demandante (excepto la condenación en costas). Por el contrario, la demanda reconvencional tiende a obtener, además del rechazamiento de la demanda, una condenación contra el demandante. Por ejemplo: la compensación legal opuesta por el demandado al demandante es un simple medio de defensa; la compensación judicial, en cambio, puede ser

opuesta únicamente bajo la forma de una demanda reconvencional, consistente en pedir al juez que reconozca al demandado acreedor del demandante y liquide su crédito, a fin de que su importe sea reducido, por obra de esa liquidación, del monto de la demanda principal, y aun de que, si es mayor el crédito del demandado que el importe de la demanda del demandante, éste sea condenado a pagar la diferencia.

Las demandas reconvencionales están sujetas a requisitos de fondo y de forma que luego serán examinados.

Cuándo son admisibles. Por interpretación de lo previsto para casos particulares por los arts. 1o. parr. 6o. y 7o. del C. de Pr. Civil, mod. por la L. 845 de 1978; 28 a 34 de la L. 834 de 1978; 464 del C. de Pr. Civil y 639 del C. de Comercio, se puede establecer que las demandas reconvencionales son legalmente permitidas en cuatro hipótesis:

1a. La demanda reconvencional es admisible cuando sirve de defensa a la demanda principal. El art. 464 permite esta clase de demandas nuevas en grado de apelación; con mayor motivo deben ser autorizadas en el primer grado de jurisdicción. Ejemplo: a la demanda en ejecución de un contrato el demandado podrá oponer una demanda reconvencional tendiente a hacer pronunciar la nulidad, la resolución, la rescisión o la revocación del contrato.

2a. La demanda reconvencional es admisible cuando tiende a oponer la compensación judicial. El art. 464 permite oponerla por primera vez en grado de apelación; *a fortiori* debe serlo ante el juez del primer grado (Casación, 3 de mayo, 1955, B. J. 532, p. 821).

3a. Puede ser intentada bajo la forma reconvencional toda demanda conexa con la demanda principal. Esto se inducía del antiguo Art. 171 que permitía la declinatoria cuando la demanda sometida a un tribunal era conexa con un proceso pendiente ante otro tribunal. En vez de someter a otro tribunal esa demanda como demandante principal, para pedir luego la declinatoria, el demandado, por interpretación de la aludida disposición, podía, mediante un procedimiento más simple y económico someter reconvencionalmente sus pre-

tensiones al tribunal apoderado de la demanda de su contraparte.

En realidad, todos los casos de admisibilidad de las demandas reconvencionales pueden reducirse al previsto en tercer término: la conexidad. Sea que tienda a oponer la compensación judicial o que sirva de defensa contra la demanda principal, o que se proponga obtener indemnización por el perjuicio sufrido por el demandado con el hecho de la demanda, la demanda reconvencional es siempre una pretensión ligada con la demanda principal por un evidente lazo de conexidad.

Los principios que sustentaba el Art. 171, pueden deducirse de las disposiciones de los Art. 29, 30 y 31 de la L. 834 de 1978, relativos a la conexidad.

Esta interpretación ha sido confirmada en Francia, por la disposición del Art. 70 del Nuevo Código de Pr. Civil, en cuya virtud las demandas reconvencionales o adicionales "no son admisibles sino cuando se relacionan con las pretensiones originales por un lazo suficiente". (133)

Quién puede formarlas. El derecho de formar una demanda reconvencional pertenece a todo demandado, incluso al garante puesto en causa por el demandado, ya que él desempeña el papel de demandado con relación al demandado principal.

Se admite generalmente que el demandante principal no puede, en respuesta a la demanda reconvencional del demandado, formar a su vez contra éste una demanda reconvencional, a menos que ella se funde en el mismo título que sirve de fundamento a la demanda reconvencional del demandado.

(133) V. en relación con lo expuesto, Jean Vincent, ob. cit. 974 y s. La jurisprudencia francesa considera que los jueces del fondo aprecian soberanamente si la relación entre la demanda principal y la demanda reconvencional es suficiente para justificar, en virtud del art. 70 del Nuevo Código, la admisibilidad de esta última (Civ. 1ro. 6 de junio, 1978, Bull Civ. 1, p. 171; Civ. 3ro. 31 de mayo, 1979, D. 1979, IR 509. Comp. Civ. 3ro. 27 de marzo, 1979, y 2o., 29 de mayo, 1979, D. 1979, IR, p. 473 obs. de Julien, citadas por Dalloz, *Nouveau Code de Pr. Civil*, Art. 70, 1983).

SECCION IV–DEMANDAS PROVISIONALES

En qué pueden consistir. Con la demanda provisional, como se ha expuesto, una de las partes, el demandante o el demandado, por lo general solicita una medida urgente que le evite un perjuicio irreparable que podría sobrevenir por causa del mismo proceso. Ejemplos: una provisión alimenticia en el curso de un procedimiento de divorcio (art. 22 de la L. 1306 bis de 1937); el secuestro de una cosa, mueble o inmueble, cuya propiedad es controvertida (art. 1955 y s. del C. Civil). Pero, aunque todas las demandas provisionales se proponen evitar un perjuicio, no todas tienen un carácter de urgencia; así, por ej. se admite que en el curso de un procedimiento de partición el copartícipe que no posee ninguno de los bienes indivisos puede pedir, contra el copartícipe que los tiene todos en su poder, que se le atribuya provisionalmente una parte de esos bienes mientras dure el proceso, aunque no los necesite estrictamente para atender a sus necesidades.

SECCION V–DEMANDAS EN INTERVENCION

§ I–NOCIONES GENERALES

Concepto. La intervención es el acto procesal por el que un tercero entra a tomar parte en un proceso pendiente.

Clases de intervención. Hay dos: la *intervención voluntaria y la intervención forzosa.*

Es voluntaria la intervención en que el tercero, por propia iniciativa, entra a ser parte de un proceso pendiente entre otras personas. Se la llama también intervención activa, o intervención propiamente dicha.

La intervención es forzosa cuando una de las partes litigantes incoa una acción contra el tercero a fin de obligarle a tomar parte en el proceso. También se la llama encausamiento, llamamiento en causa, citación en declaración de sentencia común.

§ II –INTERVENCION VOLUNTARIA

Papel que desempeña. Ciertamente, una demanda no puede ser intentada sino por la persona que tiene interés en la protección, la creación, la modificación o la supresión de una situación jurídica, contra otra persona que tenga un interés contrario a una de esas finalidades. Sin embargo, las consecuencias del proceso, resultantes de la sentencia que lo termina, pueden repercutir desfavorablemente respecto de los terceros, aunque no se hallen ligados mediante relaciones de ninguna clase con las partes litigantes. Ejemplos: la ejecución de la sentencia condenatoria contra el deudor demandado, al disminuír su patrimonio como consecuencia de la venta de sus bienes para pagar el importe de la condenación, perjudica a sus demás acreedores, quienes cuentan con la garantía del patrimonio de su deudor para hacer efectivos sus créditos (art. 2092 y 2093 del C. Civil); un vendedor de inmueble puede verse perjudicado con la sentencia que acoja la demanda en reivindicación intentada por un tercero contra el adquiriente, a quien él transfirió el derecho de propiedad, al verse obligado a resarcir el daño experimentado con la evicción (art. 1626 y s. del C. Civil).

En sus efectos con relación a terceros, la sentencia puede ser comparada, desde ciertos puntos de vista, con la convencion.

De dos maneras la ley protege a los terceros contra las consecuencias perjudiciales que respecto de ellos podrían resultar de una convención: la primera, declarando que las convenciones no producen efectos sino entre las partes contratantes (art. 1165 del C. Civil); la segunda, otorgando a los terceros el derecho de atacar, en su propio nombre e interés, los actos fraudulentamente consentidos por su deudor en perjuicio de ellos (art. 1167 del C. Civil).

Análogamente, la ley evita a los terceros las consecuencias perjudiciales que podrían resultar para ellos de una sentencia, por dos medios de carácter reparador, correlativos a los que pueden emplear con respecto a una convención: 1o., el medio de inadmisibilidad fundado en la autoridad relativa

de la cosa juzgada (art. 1351 del C. Civil); 2o., el recurso de tercería deducido contra la sentencia intervenida en un proceso en que ellos no han sido partes (art. 474 del C. de Pr. Civil).

No van más allá las analogías entre los efectos de la convención y los de la sentencia. La convención, por ser un acto puramente facultativo y voluntario de las partes, es enteramente desconocida para los terceros antes de llegar a ser un hecho cumplido; los actos preparatorios de la convención, por causa de su propia naturaleza, no trascienden a los terceros. Por el contrario, el proceso está rodeado de una cierta publicidad; antes de ser discutida la causa en audiencia, numerosas actuaciones procesales (demanda, enrolamiento, etc.), han tenido lugar en condiciones tales que los terceros han podido adquirir ciertas noticias acerca de la pendencia. Dada esa circunstancia, la ley ha podido conceder al tercero, que tema ser perjudicado con la solución a que se llegue en el proceso, un medio preventivo para evitar el peligro de una sentencia desfavorable a sus intereses, el de entrar en un proceso, a fin de defender sus propias pretensiones, o las suyas al mismo tiempo que las de una de las partes: la *intervención*. Así, pues, en materia de proceso, los terceros tienen a su disposición dos instituciones reparadoras del perjuicio, análogas a las que tienen frente a una convención: la invocación de la autoridad puramente relativa de la cosa juzgada, y el recurso de tercería; y un medio preventivo, la intervención. Pero estos diversos medios no son puestos indistintamente a disposición de los interesados, como se expondrá en seguida.

Quién puede intervenir. En grado de apelación, el art. 466 da el derecho de intervenir no a todo el que tenga interés sino únicamente al que pueda intentar un recurso de tercería contra la sentencia que termina el proceso. Esta restricción a la facultad de intervenir se explica porque la demanda en intervención, cuando es incoada ante los jueces de la segunda instancia, tiende a hacer juzgar las pretensiones del interviniente por primera vez ante este segundo grado, sin que las haya conocido el juez del primer grado de jurisdicción,

(134). Ante las jurisdicciones del primer grado, por el contrario, la intervención de los terceros es posible, conforme al derecho común, en todos los casos en que ellos tengan un interés jurídico en el resultado de la litis, y aun cuando no se encuentren en las condiciones requeridas para impugnar la sentencia por medio del recurso de tercería (v. Casación, 18 de junio de 1956, B. J. 552, p. 1475). Así el acreedor puede intervenir en el proceso en que su deudor litiga respecto de un interés pecuniario, aunque no esté en aptitud de alegar que existe sospecha de confabulación entre el deudor y su contraparte; en cambio, para que el acreedor pueda intentar la tercería es preciso que la sentencia condenatoria contra su deudor haya intervenido a consecuencia de un fraude concertado entre las partes (art. 474).

El interés que debe tener el interviniente en el ejercicio de la intervención es, pues, sustancialmente idéntico al que se requiere para el ejercicio de toda acción en justicia, puesto que la intervención es, respecto del interviniente, una demanda principal. Sin embargo, se admite que un interés eventual, que generalmente no basta para justificar el ejercicio de la acción es suficiente para fundamentar la demanda en intervención; el interviniente puede comparecer en juicio meramente para supervigilar la marcha del proceso, aun antes de que aparezcan manifestaciones lesivas en su contra.

Finalidades de la intervención. La intervención voluntaria tiende: o a hacer conocer un derecho que pertenece al interviniente en relación a un proceso pendiente entre otras personas, como ocurre cuando se interviene en una litis en que se disputa el derecho de propiedad, y el interviniente sostiene que él y no ninguna de las otras partes es el propietario; a ejercer una cierta influencia sobre la solución que debe recibir el proceso en relación a los derechos de una de las partes en causa, como es el caso del interviniente que entra en el

(134) No es esta sin embargo, la tesis adoptada en Francia, de acuerdo con el art. 554 del Nuevo Código de Pr. Civil, en cuya virtud, pueden intervenir en causa de apelación las personas que justifiquen un interés aun cuando no hayan sido partes en primera instancia, o que hayan figurado en otra calidad.

proceso para evitar, robusteciendo las pretensiones de una parte, una acción recursoria de ésta luego de terminado el proceso.(135)

Relaciones con el proceso originario. La demanda en intervención es *principal,* pero no *introductiva de instancia;* con ella se produce una ampliación o extensión de un proceso ya pendiente, del cual resulta ser un accesorio, un incidente. La intervención implica, pues, la regularidad del proceso principal, de donde resulta que el tribunal no podría resolver en pro o en contra de la demanda en intervención cuando se declarara incompetente para decidir acerca de la demanda originaria, o cuando la anulara por vicio de forma, o cuando la rechazara por infundada.

Materias, tiempo, tribunales en que es posible. La intervención es posible: en toda materia, sea civil o comercial; en todo estado de causa; ante todos los tribunales, salvo que como se ha visto con respecto a la c. de apelación y se verá oportunamente con relación a la Suprema C. de Justicia en funciones de corte de casación, las condiciones de la intervención ante estas últimas jurisdicciones son más estrictas que ante los demás tribunales.

Clases de intervención voluntaria. El interviniente puede ser: o un *tercero,* o un *causahabiente* de una de las partes. Su papel en el proceso varía según que se trate del uno o del otro.

El tercero interviniente es el que no tiene ningún interés común con las partes del proceso, pero que tiene un derecho vinculado a las mismas relaciones jurídicas que ligan a las partes en causa relativamente al objeto del proceso. Ejemplos: el fiador que interviene en el proceso pendiente entre el acreedor y el deudor afianzado; el vendedor que interviene en el proceso en reivindicación incoado contra el comprador a fin de salvaguardar su posición como garante, y de no verse expuesto a una demanda principal en garantía. Estos terceros, según se ha expuesto, tienen a su alcance dos medios re-

(135) Estos dos tipos de intervención han sido denominados en Francia como *principal* y *accesoria* (art. 328 a 330 del Nuevo Código de Pr. Civil Francés.

paradores: el derecho de oponer la autoridad relativa de la cosa juzgada de la sentencia con motivo del proceso; el derecho de interponer el recurso de tercería. Tienen, además, un medio preventivo, la intervención. La doctrina y la jurisprudencia llaman *agresiva* a la intervención de los terceros, porque tiende a proteger en el interviniente un interés distinto del de las partes en el proceso originario.

Los causahabientes, por el contrario, se hallan ligados por relaciones directas con las partes en causa, y tienen con ellas, por consiguiente, un interés común. De ahí que se encuentren representados por las partes litigantes, y que su suerte se halle subordinada al resultado de un proceso en el cual no han sido partes. Es la posición ocupada por los acreedores quirografarios de los litigantes. La intervención es la única vía que ellos tienen para protegerse contra las consecuencias perjudiciales del proceso, cuando teman que su deudor no se conduzca diligentemente en la defensa de su causa. Es el caso, por ej., de los acreedores del marido con relación al proceso en separación de bienes intentado por la mujer (art. 871 y s.). El papel de los causahabientes en la intervención se reduce a colocarse al lado de su deudor, sometiendo al juez las conclusiones tendientes a fortalecer la situación de él, pero sin asumir ninguna pretensión personal. La intervención del causahabiente, en otros términos, es una mera ayuda procesal a su deudor, en apoyo de sus pretensiones. A esta intervención se llama *conservatoria.*

Sin embargo, los causahabientes cesan de estar representados en el proceso por su deudor en caso de que éste proceda fraudulentamente, por ej. confabulándose con su contraparte para burlar los derechos del acreedor. En este caso, se dice que el acreedor deja de ser causahabiente y pasa a ser un tercero, que puede, como tal, impugnar por la tercería, el fallo recaído en la contestación entre su deudor y la parte contraria.

Efectos. La intervención voluntaria hace del interviniente una parte del proceso. De aquí resultan estas consecuencias: 1a., la competencia *ratione personae vel loci* del tribunal apoderado del proceso originario resulta prorrogada para

conocer de las pretensiones sostenidas por el interviniente, sea en apoyo del demandado, sea en apoyo del demandante, cuyos papeles respectivos asume según que su intervención se dirija a respaldar a uno o al otro; 2a., el interviniente podra invocar en su favor, y contra él podrá ser invocada la sentencia intervenida en el proceso originario; 3a., el interviniente podrá atacar la sentencia en su propio nombre, por apelación, revisión civil, o casación, según los casos a pesar de la inacción de la parte en cuyo interés intervino, 4a. por el contrario, el interviniente no podrá atacar la sentencia por medio de un recurso de tercería.

§ III – INTERVENCION FORZOSA

Concepto. La intervención forzosa es la demanda incoada por una de las partes contra un tercero, a fin de convertirlo en parte demandada en el proceso y de que la sentencia a intervenir, al mismo tiempo que decida acerca de las pretensiones de las partes originarias una contra otra, resuelva acerca de las pretensiones de una de ellas contra el demandado en intervención (v. Casación, 18 de junio de 1958, B. J. 552, p. 1475). Ejemplo: en un proceso en reivindicación, una cualquiera de las partes cita a su vendedor en garantía (art. 1626 y s. del C. Civil). El derecho de citar a un tercero en intervención, aunque no previsto expresamente en la ley, resulta implícitamente, por argumento a *fortiori,* según la opinión general, del art. 171, que permite reunir ante un mismo tribunal dos demandas, pendientes ante distintos tribunales tre los cuales existe un lazo de conexidad.

Se dice que hay *demanda en declaración de sentencia común* cuando el demandante en intervención forzosa no pretende obtener condenación alguna contra el demandado, sino que se limita simplemente a pedir que la sentencia a intervenir le sea oponible.[136]

(136) El Nuevo Código de Pr. Civil Francés distingue claramente tres situaciones diferentes en la intervención forzosa: *el llamamiento en garantía,* que es el caso más corriente, reglamentado por los Arts. 334 a 338 de dicho Código; la *puesta en causa,* mediante la cual se obliga a una persona que no es parte, a intervenir en la instancia (Art. 331, al. 1; y finalmente [illegible]

La demanda en intervención forzosa es principal, pero no introductiva de instancia.

Contra quién puede ser incoada. Se admite generalmente que la demanda en intervención forzosa puede ser intentada, no contra todo el que pudiera intervenir voluntariamente, sino tan sólo contra quien tuviera derecho de atacar la sentencia que estatuya sobre el proceso mediante un recurso de tercería.

Hasta cuándo es posible. Ante las jurisdicciones del primer grado la demanda en intervención forzosa es posible en todo estado de causa.

Es controvertida la cuestión de saber si la intervención forzosa es admisible en grado de apelación. Contra su posibilidad se aduce que tal demanda en este caso priva a la parte demandada del beneficio del primer grado de jurisdicción; sin embargo, por interpretación del art. 466 se admite generalmente la afirmativa respecto de aquellas personas que puedan atacar la sentencia por medio de un recurso de tercería, salvo si se trata del caso particular de una demanda incidental en garantía.

SECCION VI–PROCEDIMIENTO

Generalidades. Las demandas incidentales son incoadas en general, en los asuntos civiles ante el j. de primera instancia y en toda materia ante la c. de apelación, por acto de abogado contra las partes que tienen abogado constituído, y por citación contra las que no lo tienen.

cion en declaración de sentencia común, que puede ser interpuesta, especialmente en grado de apelación, a fin de hacer oponible la cosa juzgada, y cerrarle la vía de la tercería, prevista en el referido art. 331, al. 2a. Respecto de la aplicación de las disposiciones francesas, la jurisprudencia ha considerado que si toda persona que tiene interés y calidad para intervenir en apelación puede ser puesta en causa por la vía de la intervención forzosa, es a condición de que el tercero citado no sea constreñido a renunciar a la garantía de su interés respecto del doble grado de jurisdicción. Que asimismo es inadmisible la puesta en causa de un tercero para obtener que éste suministre las explicaciones sobre el objeto del litigio y para que esclarezca al juez sobre las circunstancias de la causa (v. Civ. 2da. 6 de noviembre, Bu974, Bull Civ. II, p. 236; Civ. 3a. 13 de julio 1977, Bull Civ. 3a. 235; Rev. Trim. dr. Civ. 1978, 424, obs. Perrot, citadas en Dalloz, *Nouveau Code de Pr. Civile*, Art. 531, 1983; Jean Vincent, ob. cit. p. 979 y s.).

Demandas adicionales. Como acaba de expresarse son formadas, contra el demandado que ha comparecido, por acto de abogado, contentivo de los medios y conclusiones, con ofrecimiento de comunicar los documentos justificativos (art. 337), y por acto de alguacil contra el demandado que no ha comparecido.

La parte demandada debe responder en la misma forma.[137]

Demandas reconvencionales. Son incoadas por acto de abogado, contentivo de los medios y conclusiones (art. 337).

Si la decisión sobre la demanda reconvencional requiere alguna medida interlocutoria, como una información testimonial por ej., en tanto que la causa sobre la demanda principal se hallara en estado, el tribunal debe desglosar ambas demandas, a fin de estatuir separadamente sobre cada una de ellas.

Demandas provisionales. El demandante puede incoarlas en el mismo acto de emplazamiento contentivo de la demanda principal. Después de la comparecencia del demandado, las demandas provisionales son interpuestas por acto de abogado, conforme a lo que dispone el Art. 337. Si el demandado no ha constituído abogado, son naturalmente intentadas por acto de alguacil. La demanda provisional puede también preceder a la demanda principal, cuando es introducida en la forma del referimiento (Art. 101 de la L. 834 de 1978).

Antes de ser suprimido el procedimiento ordinario las demandas provisionales, por su carácter de urgencia, debían ser siempre instruidas sumariamente, esto es, sin la formalidad previa de las notificaciones de defensas y réplicas, a fin de que dichas demandas se encontrarán en estado de recibir fallo antes que la demanda principal. Como antes se ha ex-

(137) Es obvio que habiendo sido suprimido el procedimiento ordinario en virtud de la L. 845 de 1978, las disposiciones precitadas del C. de Pr. Civil deberán ser aplicadas de acuerdo con las nuevas normas procesales. Una notificación al abogado o a la parte, según sea el caso, conteniendo una motivación suficiente de la demanda, con ofrecimiento de comunicar los documentos justificativos será suficiente para cumplir el voto de la ley.

presado, este asunto no se planta en el estado actual de nuestra legislación, ya que existe únicamente un procedimiento para los asuntos civiles. Ello no implica que, desde luego la anticipación del fallo en la demanda provisional constituya la utilidad de estas demandas; se trata de cuestiones urgentes que requieren una ejecución antes de que intervenga la sentencia sobre el fondo. Así, por ejemplo, la demanda provisional tendiente a poner bajo secuestro el inmueble litigioso se propone primordialmente salvaguardar los intereses de la parte que resulte gananciosa en el proceso. Es legítimo, pues, que el demandante en lo provisional trate de que el inmueble litigioso sea secuestrado antes de que intervenga sentencia sobre el fondo. Lo mismo ocurre con la demanda de una provisión *ad litem* en el procedimiento del divorcio. De estas consideraciones de oportunidad parecería resultar que, invariablemente, la demanda provisional debería recibir fallo antes que la demanda principal, puesto que de lo contrario, perdería su principal utilidad. No obstante esa necesidad lógica, el art. 134 prescribe que el tribunal deberá decidir previamente sobre lo provisional tan sólo en el caso de que la demanda sobre lo principal no se halle todavía en estado, pero que si ambas se encuentran simultáneamente en estado, se deberá pronunciar una sola sentencia sobre lo provisional y sobre lo principal. Aun en este último caso, la decisión sobre la demanda provisional conserva una gran utilidad, especialmente si respecto de ella solamente, y no sobre lo principal, ha sido ordenada la ejecución provisional de la sentencia; no obstante un recurso de apelación que sobrevenga, las medidas provisionales pueden ser llevadas a cabo.[138]

Intervención voluntaria. Se forma "por medio de escrito que contenga los fundamentos y las conclusiones, y del cual se dará copia a los abogados de las partes en causa, así como de los documentos justificativos", de acuerdo con el art. 339. Este acto de abogado reviste, pues, la forma de una

(138) El asunto expuesto tiene un interés mayor por la disposición del art. 127 de la L. 834 de 1978 según el cual son ejecutorias provisionalmente de pleno derecho "las decisiones que prescriben medidas provisionales para el curso de la instancia..."

instancia notificada a requerimiento del abogado del interviniente a los abogados de las partes en causa. Cuando el demandado en el proceso sobre lo principal no ha comparecido, el interviniente notifica su demanda en intervención al demandante por escrito de abogado, y al demandado por acto de emplazamiento en la forma prescrita por el art. 61.

La intervención voluntaria, lo mismo que toda otra demanda incidental, es recibible en todo estado de causa, a condición de que no retarde el fallo sobre el asunto principal, dispone el art. 340. El juez goza de un poder soberano para desglosar la intervención del asunto principal, si entiende que la intervención es susceptible de retardar la instrucción de la causa.

Intervención forzosa. Como demanda principal que es, aunque no introductiva de instancia, la intervención forzosa se intenta por citación notificada al tercero, de acuerdo con el art. 61.

SECCION VII–OTRAS MATERIAS Y OTROS TRIBUNALES

Materia comercial; referimiento. En estos asuntos de la competencia del j. de primera instancia, las demandas adicionales, reconvencionales y provisionales pueden ser formadas mediante conclusiones contra la parte que se halle presente en la audiencia, o por acto de alguacil, y las demandas en intervención tienen que serlo por acto de alguacil. No obstante, siendo actualmente obligatorio el ministerio de abogados en estas materias (v. L. 91 de 1983 que crea el Colegio de Abogados) las partes no pueden actuar personalmente.

Juzgado de paz. Con las distinciones anteriormente establecidas, las demandas incidentales son intentadas en la misma forma que en materia comercial o en referimiento.

Tribunal de Tierras. En el proceso de saneamiento inmobiliario no hay, propiamente hablando, demandas adicionales ni reconvencionales: toda reclamación es, en cuanto a esto, una demanda principal, de carácter interrogatorio y provocatorio.

Las demandas provisionales, como por ej. la que tiende a poner en secuestro al inmueble reclamado por varios demantes, puede ser formada en todo estado de causa, por simples conclusiones.

Las demandas en intervención voluntaria no existen en el T. de T., puesto que toda demanda reviste la forma de una reclamación, que es, como se ha visto, una demanda principal. En cambio, la intervención forzosa sería posible; se intentaría mediante instancia contentiva de la demanda, dirigida al tribunal, a fin de que éste haga citar al demandado en intervención.

CAPITULO IV–INCIDENTES RELATIVOS AL JUEZ, AL ABOGADO Y AL ALGUACIL (139)

SECCION I–DESIGNACION DE JUECES

Conflicto de competencia. En ciertos casos, como por ej. cuando hay varios demandados, en materia mixta, etc., varios tribunales pueden ser competentes para conocer de la demanda. Es posible, por este motivo, que una misma demanda haya sido incoada sucesivamente ante dos tribunales distintos. En estos casos puede naturalmente ser propuesta la excepción de litispendencia ante el segundo tribunal apoderado (antiguo art. 171, hoy sustituído por los art. 28 y s. de la L 834).

(139) Como consecuencia de las modificaciones introducidas por la L. 834 no son posibles los conflictos de competencia, tal como eran concebidos en el antiguo derecho: únicamente el caso de imposibilidad de constituírse el tribunal, tratado en esta sección podría ser posible en el estado actual de nuestra legislación. Hecha esta aclaración no solamente para mantener el plan de la obra, sino por el interés teórico de los conceptos contenidos en ella, los aspectos tratados en la Sección I, respecto de la designación de jueces serán mantenidos con las necesarias enmiendas.

Como se acaba de indicar, no existe la posibilidad de una designación de jueces en caso de conflicto de competencia, por las razones siguientes: 1) las decisiones sobre los aspectos relativos a la competencia, así como la litispendencia y conexidad (en cuyos procedimientos son aplicables las reglas previstas para las excepciones de incompetencia) son de carácter impositivo (v. art. 7, 14, 24, 33 y 34 de la citada ley). 2) Quien promueve la excepción de incompetencia, está obligado a indicar el tribunal ante el cual considera debe ser llevado el asunto (art. 3). 3) Cuando el juez declara su incompetencia deberá designar la jurisdicción que estima competente; esta decisión se impone al juez y a las partes (art. 24). 4) Las decisiones dictadas en materia de litispendencia y de conexidad se imponen tanto a la jurisdicción de envío como a aquella cuyo desapoderamiento fue ordenado (art. 33). 5) En caso de recursos múltiples la decisión corresponde a la Corte apoderada en primer término, la que, en caso de acoger la excepción, atribuye el asunto a la jurisdicción que su juicio, sea la mejor situada (art. 32). 6) En caso dedesapoderamiento de dos jurisdicciones, la última decisión será considerada no ppronunciada (art. 34).

Las reglas expuestas, por su carácter imperativo, eliminan en consecuencia en el aspecto tratado, todo conflicto ya positivo, ya negativo de competencia (v. respecto de la evolución legislativa en estos aspectos, H. Solus y R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. II, pág. 833 y sig.).

De acuerdo con el antiguo sistema podía ocurrir que la excepción de litispendencia fuera desestimada o que, no propuesta esta excepción, ambos procesos siguieran paralelamente su curso. Si ambos tribunales, sucesivamente, se declaraban competentes para conocer de las dos demandas, o si por el contrario, ambos se declaraban incompetentes, se producía un *conflicto de competencia:* positivo en el primer caso, negativo en el segundo caso.

Para resolver esta situación el C. de Pr. Civil organizó el procedimiento de la *designación de jueces.*

Competencia. La S. C. de Justicia era el tribunal competente para conocer del incidente de la designación de jueces, de conformidad con lo que disponía el art. 164 de la L. de O. J. ref. por la L. 294 de 1940, que derogó implícitamente, sobre la cuestión de competencia, el art. 363 del C. de Pr. Civil.

Conflicto positivo. La litispendencia era el único caso de conflicto positivo expresamente previsto por la ley (art. 363 del C. de Pr. Civil, hoy sustituído por el art. 28 de la L. 834).

De acuerdo con el sistema del C. de Pr. Civil, para que hubiera lugar a la designación de jueces por causa de litispendencia, era necesario que se tratara de dos asuntos contenciosos sometidos con sendas citaciones ante dos tribunales distintos, sin que ninguno de ellos hubiera fallado.

No había litispendencia, por consiguiente, cuando uno de los tribunales había estatuído sobre el fondo por sentencia que hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada. En este caso, se opondría ante uno de los tribunales la autoridad de la cosa juzgada por la sentencia dictada por el otro tribunal.

La designación de jueces en cambio era admisible si la sentencia pronunciada por uno de los tribunales podía todavía ser impugnada por oposición o por apelación, porque el ejercicio de estas vías de recurso

hacía reaparecer el conflicto de competencia.

No había litispendencia susceptible de dar lugar a designación de jueces cuando dos tribunales hubieran decidido por sentencias análogas: si estas dos sentencias eran idénticas, uno de los dos procesos habría sido incoado inútilmente; si las dos sentencias se contradecían, había que recurrir en apelación contra la última de ellas si se trataba de sentencias en primera instancia, y en casación si se trataba de sentencias en última instancia o en única instancia, disponía el art. 504 ref. por la L. del 13 de marzo de 1913. Como requisito para que pudiera quedar abierta la vía de la designación de jueces, la ley suponía que los tribunales apoderados simultáneamente pertenecían al mismo grado de jurisdicción, puesto que se refería a dos o más j. de paz, o a dos o más j. de primera instancia (art. 363). Algunos autores sostenían sin embargo, que aun cuando los tribunales apoderados pertenecían, el uno al primer grado, y el otro al segundo grado de jurisdicción, las partes podían proveerse en designación de jueces, si estimaban que este procedimiento era conforme a sus intereses.

La doctrina y la jurisprudencia admitieron que la conexidad podía también motivar un procedimiento de designación de jueces. Lo mismo que la litispendencia, la conexidad era, y es actualmente, un motivo de conflicto de competencia, y las partes podían evitarlo recurriendo a su elección, a los mismos medios que en caso de litispendencia: excepción declinatoria o designación de jueces.

Conflicto negativo. Por analogía con la disposición del art. 363 para el conflicto positivo se admitía unánimemente que también en caso de conflicto negativo de competencia era posible recurrir a la designación de jueces (Casación: 4 de marzo, 1925, B. J. 176, p. 4; febrero, 1961, B. J. 607 , p. 359; 18 de junio de 1969, B. J. 703, p. 1359). Pero, para que este procedimiento se considerara admisible, era necesario que, apesar de que los dos tribunales apoderados se hubieran declarado incompetentes, uno de ellos sin embargo, fuera el tribunal competente. Si, por el contrario , la competencia pertenecía a un tercer tribunal, lo que procedía era apoderar a este tribunal, abandonando los procedimientos incoados ante los dos tribunales incompetentes.

Opción. En ciertos casos, las partes podían escoger entre la designación de jueces y otros medios de procedimiento para resolver los conflictos de competencia: si uno de los tribunales apoderados había estatuído sobre la competencia, las partes podían optar entre proponer la excepción de incompetencia de uno de ellos o recurrir en designación de jueces; si uno solo de los tribunales se declaraba competente, o si ambos rechazaban la excepción declinatoria por causa de litispendencia, se podía escoger entre la apelación y la designación de jueces.

Imposibilidad de constituir un tribunal. Un tercer caso de designación de jueces, admitido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia es el de que el único tribunal apoderado de la contestación no pueda constituirse para conocer de la causa, debido a que el juez único del j. de paz o del j. de primera instancia y sus posibles sustitutos o la totalidad o la mayoría de los miembros de la c. de apelación, hayan sido recusados o hayan propuesto su inhibición. Se ha considerado que no había otro camino, en esta hipótesis, para que las partes puedan apoderar a los órganos jurisdiccionales del conocimiento de la causa que el de recurrir a la designación de jueces.[140]

Procedimiento. La parte que quiere recurrir a este procedimiento debe previamente solicitar de la S. C. de Justicia, mediante la instancia acompañada con las diversas demandas, permiso para citar a su contraparte en designacion de jueces (art. 364). La S. C. de Justicia decide en cámara de consejo acerca de la autorización pedida, después de oír el dictamen del Procurador General de la República (art. 83).

La solicitud podía ser rechazada, si se comprobaba que se trataba de dos asuntos diferentes, o de dos asuntos entre los cuales no existía conexidad alguna.

La sentencia que autorizaba a citar en designación de jueces podía ordenar, en caso de conflicto positivo de competencia, que los tribunales apoderados sobreseyeran en los procedimientos (art. 364). Si esto no era ordenado, esos tribunales podían continuar la instrucción de las respectivas causas; pero la validez de sus actuaciones quedaba subordinada a lo que disponía el fallo que interviniera sobre el mérito de la demanda en designación de jueces.

(140) Podría aceptarse también esta atribución de la Suprema C. de Justicia, en virtud del acápite 2, art. 29 de la L. de O. J. Parece que, en virtud de esta disposición legal, las leyes Nos. 255 y 248 de 1981, que crearon respectivamente una nueva C. de apelación y dos nuevas Cámaras Civiles y Comerciales en el Distrito Nacional, daban atribución a la Suprema C. de Justicia para resolver cualquier diferencia surgida con motivo de estas leyes.

La parte autorizada a perseguir la designación de jueces debe, en los asuntos civiles, notificar la sentencia dentro de los quince días de su pronunciamiento a las otras partes, en el domicilio de sus abogados, con citación para comparecer ante la S. C. de Justicia en el plazo ordinario de los emplazamientos, aumentado proporcionalmente a la distancia en que se encuentran los domicilios de los abogados (art. 365). En los demás asuntos la notificación antes mencionada debía hacerse naturalmente a persona o domicilio.

No habiendo la ley trazado reglas especiales para el procedimiento de este incidente, deben seguirse las normas del derecho común; la citación para comparecer ante la S. C. de Justicia debe ajustarse a las formalidades prescritas por el art. 61; el proceso se instruye conforme a lo dispuesto por los art. 75 y sig.

Si el demandante en designación de jueces no cita a su contraparte en el plazo indicado pierde de pleno derecho el beneficio de hacerla ordenar, y en los casos de conflictos de competencia, los procedimientos podían continuarse por ante el tribunal al que el demandado en designación de jueces atribuyó el conocimiento del litigio. En estos casos, la ley suponía que cada una de las partes había apoderado a uno de los dos tribunales en conflicto. Su disposición no era aplicable al caso de conflicto resultante de dos demandas incoadas por una misma parte. No pudiendo el hecho de la caducidad hacer competente a ningún tribunal, nos encontrábamos entonces en un caso de conflicto negativo.

Sentencia. La decisión que estatuye acerca de la designación de jueces puede desestimar la demanda, si no se encuentran presentes en la especie ninguna de las condiciones requeridas (conflicto positivo, o negativo, conforme al antiguo derecho, o imposibilidad de constituirse el tribunal).

Si por el contrario, la demanda era admitida, la S. C. de J. debía proceder a la designacion del juez que debía conocer de la causa, decidiciendo: o que de los dos tribunales apoderados uno de ellos era competente y debía continuar conociendo de la causa; o que, de dos tribunales igualmente competentes, siguiera apoderado aquel a quien conviniera mejor atribuir el conocimiento del proceso, de acuerdo con las circunstancias (grado de avance de los dos procesos, interés de la buena administración de la justicia, etc.); o que ambos tribunales apoderados eran incompetentes y enviar entonces la causa ante otro tribunal; en caso de conexidad, que el asunto continuara sometido a uno de los tribunales apoderados, especialmente a aquél en que se hallara pendiente el proceso más amplio.

La parte que sucumbía era condenada en costas (Art. 130). Al demandante que sucumbía se le podia condenar también, si procedía, a indemnizar a las otras partes (art. 367).

SECCION II–RECUSACION[141]

§ I –PRINCIPIOS GENERALES

En qué consiste. Según se ha expuesto (supra, libro II, Sec. II, Cap. IV), cualquiera de las partes puede, alegando una de las causas previstas por la ley (art. 378 y s.), *recusar* al juez de cuya imparcialidad sospecha, esto es, entablar un procedimiento mediante el cual obtendrá la eliminación del recusado como juez de la causa.

Inhibición. Es el acto del juez que, conociendo que en él concurre un motivo de recusación, declara su deseo de abstenerse de conocer de la causa (art. 380). Es un procedimiento preventivo de una posible recusación. La inhibición no necesita ser motivada. Puede ser propuesta en todo estado de causa.

Se admite generalmente que un juez puede proponer su inhibición no solamente en los casos en que legalmente pueda ser recusado, sino también en toda circunstancia en que razonablemente pueda temer que las partes pongan en duda su imparcialidad.

El tribunal de que forma parte el juez que propone su

(141) En Francia, los art. 378 y s. del C. de Pr. Civil han sido derogados por la Ordenanza No. 58–1273 de 1958, y la L. 72-6 de 1972. Los arts. 339 a 355 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, bajo el título La abstención, la recusación y el reenvío instituyen el procedimiento a seguir (v. J. Vicent, *Procedure civile*, No. 169, p. 200; Dalloz, Nouveau Cod de Procedure civile, *art. 339 a 355 (Petit Codes) 1983*.

inhibición tiene poder soberano para admitirla o desestimarla (v. S. C. de J., 15 de septiembre de 1920, B. J. 122, p. 8), y su decisión al respecto se impone a ese juez, sin recurso alguno.

En la práctica, cuando se inhibe el j. de paz o el juez presidente del j. de p. i., su sustituto pasa a ocupar su puesto para conocer de la causa, sin necesidad de estatuír sobre la inhibición. Si se trata de un juez de un tribunal colegiado, los demás miembros integran el tribunal para decidir acerca de la inhibición. Si, por el número de inhibiciones el tribunal ha quedado en minoría, se procedera a completarlo conforme a las reglas del caso.

Cuando a consecuencia de las inhibiciones de un número tal de los jueces de un tribunal colegiado, se haga imposible que éste se constituya, hay lugar a recurrir, como se ha expuesto, al procedimiento de la designación de jueces (S. C. de J., 15 de octubre de 1924, B. J. 171-173, p. 4.[142]

Carácter individual. La recusación es naturalmente dirigida contra cada juez individualmente, no contra el tribunal. Se recusa el juez, no al juzgado de primera instancia. De la misma manera, tratándose de un tribunal colegiado, la recusación debe ir dirigida contra uno o más jueces, no contra el tribunal como entidad.[143]

Cuando la recusación sea dirigida contra un número tal de jueces de una c. de a. que ésta se halle en la imposibilidad de constituírse, hay lugar a designación de jueces, según se acaba de exponer.

Otras personas recusables. Además de los jueces, pueden ser recusados: el abogado que es llamado a reemplazar a un j. de p. i.; los jueces comisarios (art. 385); los agentes del ministerio público, cuando actúen como parte adjunta (art. 381), esto es cuando sean llamados a dictaminar.

(142) En este caso la S. C. de J. ordenó la "declinatoria", en vez de proceder a una designación de jueces.

(143) V. no obstante, S. C., de Justicia, 3 de mayo, 1985, B. J. 894, p. 1048. La S. C. de Justicia consideró en este caso que la recusación de un tribunal colegiado en pleno se asimila a una demanda en declinatoria por sospecha legítima.

§ II – CAUSAS DE RECUSACION

Casos previstos en el art. 378. El art. 378 enumera limitativamente las causas que pueden motivar la recusación de los jueces de p. i., de las cortes de apelacion y de la S. C. de J. Pueden ser distribuídas en cinco grupos.

I. Lazos de parentesco o de aliaza. Hay lugar a recusación: 1o., cuando el juez es pariente o afín de las partes, o de una de ellas, hasta el grado de primo hermano inclusive. 2o., por ser la mujer del juez pariente o afín de uña de las partes, o por ser el juez pariente o afín de la mujer de una de las partes dentro del grado referido, cuando la mujer estuviere viva, o si, habiendo muerto, existiesen hijos, y si la mujer hubiese muerto y no quedasen hijos podrán ser recusados el suegro, el yerno, y los cuñados (art. 378 ordinales 1o. y 2o.). El juez no es recusable cuando es pariente o afín, no de la parte, sino de su tutor o su curador, ni cuando es pariente o afín de los administradores o miembros de una sociedad que es parte en la causa, a menos que esos tutores, curadores o administradores tengan un interés personal en el proceso. El parentesco natural es una causa de recusación lo mismo que el parentesco legítimo.

II. Interés personal. Hay motivo de recusación: "si el juez, su mujer, sus ascendientes y descendientes, o afines en la misma línea, tienen una contienda sobre una cuestión análoga a aquella que se discute entre las partes" (art. 378-3o.); por tener el juez "un proceso en su propio nombre ante un tribunal en que una de las partes sea juez"; si el juez fuese acreedor o deudor de una de las partes (art. 378-4o.); "cuando el juez sea tutor, protutor o curador, heredero presuntivo, o donatario" de una de las partes; "si fuere administrador de algún establecimiento, sociedad[144] o dirección, que sean partes en la causa"; "si una de las partes fuere su presunta heredera" (art. 378-7o.).

(144) La ley no puede referirse sino a una sociedad de beneficencia, por ej., y no a una sociedad comercial, puesto que los jueces no pueden ejercer comercio (art. 6 de la L. de O. J.

III. Opinión dada acerca del proceso. El juez puede ser recusado: si "hubiere dado consulta, alegado o escrito sobre el asunto debatido"; "si hubiere conocido de él precedentemente como juez o como árbitro" (v. Casación, 19 de mayo 1953, B. J. 514; p. 814); "si hubiere declarado como testigo" (art. 378-8o.). Estas disposiciones son interpretadas generalmente: en lo que respecta a la causa de recusación fundada en el hecho de haber dado consulta, como significando que el juez puede ser recusado únicamente por haber dado opinión *propiamente dicha* acerca del proceso, no porque haya conocido del asunto en una fase anterior del mismo proceso (S. C. de J., 29 de junio de 1927, B. J. 203-204, p. 11; 16 de octubre de 1953, B. J. 519, p. 2028), ni porque haya escrito libros o artículos, de carácter puramente científico, acerca del tema discutido en el proceso (145) y en cuanto a la recusación fundada en el hecho de haber sido testigo, que el juez haya efectivamente declarado como tal, no simplemente que se le haya citado como testigo.

IV. Relaciones de amistad o protección. El juez puede ser recusado: cuando fuere "patrono o comensal" de una de las partes (art. 378-7o.); cuando "hubiere solicitado, recomendado o provisto a los gastos del proceso" (art. 378-8o.); "si desde el principio del proceso hubiere bebido o comido con una u otra de las partes en la respectiva casa de éstas, o recibido presentes de cualquiera de ellas" (art. 378-8o.; v. Casación, 18 de septiembre de 1936, B. J. 314, p. 482).

V. Presunciones de enemistad. Es recusable el juez "si en el curso de los cinco años precedentes a la recusación ha habido proceso criminal", esto es proceso penal en que ha habido parte civil, entre él "y una de las partes, o su cónyuge, o sus parientes o afines en línea recta" (art. 378-5o), cuando "exista proceso civil entre el juez, su mujer, sus ascendientes o descendientes, o afines en la misma línea, y una de las partes", iniciado por la parte antes del proceso en que se propone la recusacion, o concluído en los cinco años precedentes a

(145) Glasson y Tissier, *Traité*, I, 56.

la recusación (art. 378-6o.); "cuando hubiere enemistad capital entre el juez y una de las partes", resultante, por ej., de "agresiones, injurias o amenazas", emanadas del juez (art. 378-9o.; v. Casación, abril 1949, B. J. 165, p. 346; septiembre 1950, B. J. 482, p. 817; 15 de noviembre de 1951, B. J. 496, p. 1488).

Causas de recusación de los jueces de paz. El art. 44 enumera, también limitativamente, las causas de recusación contra los jueces de paz: "1o. Cuando tengan interés personal en la contestación o litis, 2o. Cuando sean parientes o aliados de cualquiera de las partes hasta el grado de primo hermano inclusive; 3o. Si dentro del año que precedió a la recusación, ha mediado proceso criminal entre ellos y una de las partes, o su cónyuge, o sus parientes o afines en línea directa; 4o. Si hubiere pleito civil entre ellos y una de las partes, o su cónyuge; 5o. Siempre que hubieren dado opinión por escrito sobre el asunto de que se trata".

Siendo limitativa esa enumeración, el juez de paz no puede ser recusado por ninguna otra causa, ni aún de las admitidas en el art. 378.

Recusación contra los jueces del T. de 1. El art. 87 de la L. de R. de T. permite la recusación contra estos jueces en los mismos casos y condiciones que la de los jueces de los tribunales ordinarios.

§ III – COMPETENCIA

Reglas aplicables. Según resulta de lo que disponen los arts. 385 y s., la recusación es conocida, en principio, por el tribunal de que forma parte el juez recusado: la de un juez de primera instancia, por el juzgado de primera instancia desempeñado por el sustituto del juez; la de un juez de corte de apelación, o de la Suprema Corte de Justicia, por la Corte correspondiente; la de un juez del Tribunal de Tierras, por el Tribunal Superior de Tierras. No obstante, la Suprema Corte de Justicia ha decidido (v. Casación, 12 de diciembre de 1947, B. J. 449, p. 845; 19 de julio de 1955, B. J. 540, p.

1429), que es la corte de apelación el tribunal competente para conocer de la recusación de los jueces de primera instancia, fundándose, esencialmente en el hecho de que siendo unipersonal, ante el juzgado de primera instancia no pueden ser cumplidos los trámites establecidos en los arts. 358 a 390, que regulan el procedimiento de la recusación. De esto resultaría, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, una imposibilidad de constituírse el juzgado de primera instancia, y la necesidad de que sea la corte de apelación quien conozca de la recusación del juez de primera instancia.(146)

En virtud de lo que dispone el art. 47, la recusación del juez de paz es conocida por el juzgado de primera instancia.

(146) La Suprema Corte de Justicia da estos fundamentos a sus fallos: que las disposiciones de los arts. 385 y 390 del C. de Pr. Civil, que establecen la competenia de los juzgados de primera instancia para conocer de la recusación de uno o varios de sus jueces, fueron escritas cuando esos tribunales eran colegiados y se han hecho de imposible aplicación desde el momento en que fueron convertidos en unipersonales; que, por otra parte, la disposición del art. 33, apartado 5o., de la L. de O. J., que atribuye competencia a las cortes de apelación para designar a un juez de paz que sustituya a los jueces de primera instancia cuando éstos se encuentren imposibilitados para ejercer sus funciones por causa de recusación, de io inhibición o por cualquier otro motivo, no hace sino aplicar, a un caso particular, el principio general de nuestro derecho procesal en virtud del cual cuantas veces las causas de recusación son dirigidas contra un número de jueces tal que un tribunal no pueda constituírse para ~~estabtuir~~ sobre la recusación, ésta debe ser dirigida a la jurisdicción inmediatamente superior con fines de decisión; que, como consecuencia de todo lo expuesto es a las cortes de apelación a quienes compete a virtud del texto citado, no sólo designar al juez que sustituya al de primera instancia que ha sido recusado, sino conocer y apreciar también las causas de recusación presentadas contra el mismo y decidir acerca de su fundamento. A propósito de esta jurisprudencia se puede observar: 1ro., que las dificultades con que tropieza en este caso el juzgado de primera instancia pueden ser obviadas, como en la práctica se hace para la información testimonial, para el informe pericial, para el interrogatorio sobre hechos y artículos, etc., autodesignándose juez comisario el juez-presidente; 2do., que en los casos decididos no existía verdadera imposibilidad de constituírse el juzgado de primera instancia, precisamente en razón de que el art. 33 de la L. de O. J. determina la manera de reemplazar al juez de primera instancia; 3o., que cuando, por causas extraordinarias, no fuese posible que ningún juez de paz pudiera sustituír al juez de primera instancia y que ningún abogado quisiera aceptar este encargo, nos encontraríamos en un caso de designación de jueces; 4o., que en los argumentos en que se funda estos de los Suprema Corte de Justicia podrían aplicarse también a la recusación del juez de paz, si al ser ella promovida son recusados el juez de primera instancia y sus sustitutos legales y ningún abogado quisiera aceptar la designación que de él hiciera la corte de apelación, de donde resultaría que también en este caso habría que atribuír competencia a la corte de apelación para conocer de este incidente.

§ IV –PROCEDIMIENTO

Hasta cuando es posible.– La recusación debe ser propuesta antes de principiar el debate y antes que la instrucción esté terminada, o que los plazos hayan transcurrido, en los asuntos sometidos a relación" (art. 382). La recusación fundada en causas sobrevenidas posteriormente al comienzo del debate puede ser propuesta después de este momento (art. 382); también puede serlo, de acuerdo con la opinión general, sobre el fundamento de causas existentes antes del comienzo de los debates, pero descubiertas posteriormente.

De acuerdo con el párrafo agregado por la L. 237 de 1967, "se deberá previamente prestar fianza que garantice el pago de la multa, indemnizaciones y costas", a que pueda eventualmente ser condenado el recusante en caso de ser declarada inadmisible la demanda. Dicha fianza será solicitada al tribunal que deba conocer de la recusación, quien la fijará soberanamente. Esta quedará afectada como acreencia privilegiada pudiendo ser admitida en efectivo, mediante depósito en la Colecturía de Rentas Internas o en forma de garantía otorgada por una compañía de seguros autorizada para esta clase de actividad, en virtud de acta auténtica o bajo firma privada suscrita por el representante de la compañía aseguradora y por el ministerio público actuando a nombre del Estado. Esta formalidad es exigida también en los casos de recusa-

ción contra varios jueces de un tribunal colegiado. Los efectos de la fianza cesarán de pleno derecho un año después de la decisión definitiva sobre la recusación, "a menos que el Estado o el funcionario recusado, cada uno en lo que les concierne hayan ejercido en tiempo hábil la acción correspondiente en cuanto a la multa o la reclamación de daños y perjuicios." El recibo del depósito de la fianza o el acta, según sea el caso, deberán ser depositados en la Secretaría de tribunal apoderado junto con los demás documentos justificativos.

La recusación de los jueces comisarios debe ser propuesta, conforme lo dispone el art. 383 dentro del plazo de tres días: "1o., desde el día de la sentencia, si ésta fuere contradictoria; 2o., desde el último día de la octava para oposición, si la sentencia fuere en defecto y no se hubiere intentado contra ella oposición; 3o., desde el día en que se desechara la oposicion, aun por defecto, si la sentencia era susceptible de tal recurso". La disposición del art. 383-3o. es fácilmente aplicable, en materia civil, cuando se trata de defecto por falta de concluír, porque en este caso la oposición debe ser intentada en la octava de la notificación de la sentencia, según lo previene el art. 157; pero no en caso de sentencia en defecto por falta de comparecer en materia civil, y de sentencia en defecto en materia comercial, sea por falta de comparecer o por falta de concluír, puesto que en estos casos la oposición es recibible, de acuerdo con los arts. 159 y 436, hasta la ejecución de la sentencia. Hay, pues, una antinomia entre las disposiciones del art. 838, de una parte, y las disposiciones de los arts. 159 y 436, de otra parte, en lo que respecta al plazo impartido para recusar a un juez comisario nombrado por una sentencia en defecto susceptible de ser impugnada por oposición hasta su ejecucion. Se admite generalmente que prevalecen estos últimos textos, y que, por consiguiente, la recusación es recibible hasta tanto no haya sido ejecutada la sentencia que nombra al juez comisario.(147)

(147) Conviene tener en cuenta que las disposiciones de los arts. 149, 150, 151, 153, 155 y 156 han sido modificadas por la L. 845 de 1978.

Como se ve, la ley permite a la parte que, con su asistencia al debate, ha renunciado a su derecho de recusar a un juez, pueda sin embargo recusarlo posteriormente si ese juez es designado comisario. Esto se explica por la circunstancia de que el papel desempeñado por el juez es más importante cuando es comisionado para practicar una medida de instrucción que cuando tiene que concurrir simplemente a integrar el tribunal

Cómo se propone y se juzga. Los arts. 384 y s. trazan el procedimiento a seguir para la recusación de los jueces de p. i. y de las cortes de apelación; sus disposiciones deben ser aplicadas a la recusacion de los jueces de la S. C. de J. El procedimiento para la recusación de los jueces de paz está contenido en los arts. 45 y s. No hay reglas legalmente establecidas para proponer la recusación de los jueces del T. de T.

La recusación de los jueces de p. i., de las cortes de apelación y de la S. C. de J. debe proponerse "por un acto en secretaría, que contendrá los medios, y será firmado por la parte o por el que la represente con poder auténtico y especial, que se agregará al acto", dispone el art. 384. Esta forma es requerida a pena de nulidad, la cual debe ser pronunciada de oficio por el tribunal.

Dentro de las 24 horas de formulada la recusación, el secretario remitirá copia del acta al presidente del tribunal; en audiencia, sin oír a las partes, pero después de oír el informe del presidente y el dictamen del ministerio público, el tribunal decide acerca de la admisibilidad de la recusación, de acuerdo con el art. 385.

Si la recusación es declarada inadmisible, el recusante es condenado a una multa de no menos de 20 pesos, y queda sujeto a indemnizar al juez indebidamente recusado; pero éste, si reclama indemnización, no puede seguir actuando como juez de la causa (Art. 390; Casación: octubre 1969, B. J. 707, p. 6050; junio 1973, B. J. 751, p. 1777).

Si, por el contrario, la recusación es declarada admisible.

el tribunal ordenará: "1o., la comunicación al juez recusado, para que se explique en términos precisos sobre los hechos, en el plazo que la sentencia determine; 2o., la comunicación al fiscal" (art. 385).

La instancia queda suspendida a partir del momento en que interviene la sentencia que declara admisible la recusación; pero el tribunal puede, si una de las partes lo pide, ordenar por sentencia que se proceda a una operación urgente (art. 387).

De acuerdo con el art. 386, el juez recusado hará en secretaría la declaración de que trata el art. 385.

La recusación es juzgada sin instrucción contradictoria en debate oral. Si el juez recusado conviene en los hechos invocados en apoyo de la recusación, o si el recusante prueba esos hechos por escrito el tribunal ordena la abstención del juez (art. 388). Si, por el contrario, "el recusante no produjera prueba escrita, o principio de prueba, quedará al buen juicio del tribunal acoger la simple declaración del juez, y desechar en su virtud la recusación, u ordenar la prueba testimonial" (art. 389). La información testimonial es practicada en audiencia. La sentencia es pronunciada en audiencia pública.

La recusación de los jueces de paz es formulada por acto de alguacil que deberá enunciar las causas de la recusación y ser firmado en original y copia por el recusante o su apoderado especial, y notificado en la persona del secretario (art. 45). Al pie de ese acto el juez de paz declarará, dentro de los dos días, si admite o no la recusación (art. 46). Si el juez de paz admite su recusación, el incidente es terminado, y el suplente conocerá de la causa; en caso contrario, o si el juez de paz no responde, el secretario, a instancia de la parte más diligente, remitirá dentro de los tres días el expediente al fiscal del juzgado de primera instancia del distrito, tribunal que la juzga en último recurso, esto es en única instancia (art. 47). Si es admitida la recusación, conoce de la causa el suplente del juez de paz.

La ley no determina el procedimiento que debe seguir-

se para recusar a los jueces del T. de Tierras. Bastará, pues, que la parte declare su propósito por acto otorgado en secretaría, o por instancia elevada al T. de Tierras para que éste quede apoderado del incidente. [148]

Recursos. De acuerdo con lo que dispone el art. 391 son apelables las sentencias intervenidas sobre recusación de los jueces de primera instancia y de las cortes de apelación; del recurso conocen, respectivamente, bajo reserva de la jurisprudencia precedentemente expuesta, la corte de apelación o la Suprema C. de Justicia.

El recusante es quien puede apelar, no el juez recusado, puesto que él es extraño al incidente, a menos que intervenga para reclamar indemnización.

La apelación debe ser interpuesta dentro de los cinco días de la pronunciación de la sentencia por un acto en la secretaría, acompañado de los documentos en apoyo (art. 392; v. Casación: 19 de julio de 1955, B. J. 540, p. 1429; mayo 1961, B. J. 610, p. 1134; enero de 1965, B. J. 654, p. 22).

El expediente de la apelación debe ser remitido por el secretario de la corte correspondiente (art. 393). Después del fallo, los documentos son devueltos al secretario ante quien se declaró la apelación (art. 395).

La sentencia pronunciada sobre recusación de un juez de paz es inapelable (art. 47).

SECCION III – DECLINATORIA POR PARENTESCO O AFINIDAD

En qué consiste. Los arts. 368 y s. trazan un procedimiento para obtener la declinatoria por causa de parentesco o afinidad. Sus disposiciones son actualmente inaplicables, porque este procedimiento está regulado únicamente con relación al j. de p. i., en el supuesto de que es un tribunal colegiado. Por otra parte, en la época de la promulgación del C. de Pr. Civil (1884) no había cortes de apelación, sino una S. C.

(148) Respecto del caso de recusación de todos los jueces de un tribunal, v. Casación, octubre, 1962, B. J. 627, p. 1696.

de J. como tribunal único del segundo grado. No pudiendo extenderse fuera de sus términos las disposiciones de los arts. 368 y s., es claro que esta declinatoria no puede ser pedida en la hipótesis de que en una c. de a. se encontraran reunidas las circunstancias previstas en el art. 368. La parte interesada tiene que recurrir, en este caso, al procedimiento de la recusación, fundándose en las disposiciones del art. 378 ordinales 1o. y 2o.

SECCION IV–DEMANDA EN RESPONSABILIDAD CIVIL [149]

En qué consiste. La demanda en responsabilidad civil es un procedimiento pautado por los arts. 505 y s., mediante el cual un litigante persigue a un juez en reparacion del daño que éste, como juez, le ha causado.

En principio, esta demanda tiene como única finalidad el cobro de una indemnización, que el juez deberá pagar a la parte demandante. A veces, sin embargo, la demanda en responsabilidad civil puede conducir a la anulación de ciertos actos jurisdiccionales emanados del juez; de aquí que el C. de Pr. Civil haya considerado este procedimiento, no como incidental, sino como una vía extraordinaria de recurso para impugnar las sentencias. Pero tal como se presenta en la ley, la demanda en responsabilidad civil es más bien un recurso contra la persona del juez que un recurso dirigido contra la sentencia.

De acuerdo con el derecho común, contenido en el art. 1382 del C. Civil, todo el que comete una falta está obligado

(149) La legislación francesa, en este aspecto, ha sufrido algunas modificaciones, en virtud de las disposiciones de la L. del 7 de febrero de 1933. Fundamentalmente, la responsabilidad de los jueces puede verse comprometida no solamente en casos de fraude, dolo o concusión, según se indica en el acápite 1o. del Art. 505, sino también en los casos de falta grave profesional. Por otra parte, el Estado es civilmente responsable de las condenaciones a daños y perjuicios pronunciadas contra los jueces, salvo su recurso contra éstos. La L. 72-626 del 7 de julio de 1972 derogó estas disposiciones del nuevo Art. 505 francés, pero sus disposiciones quedarán vigentes hasta la entrada en vigor de las disposiciones legislativas concernientes a la responsabilidad de los magistrados, en razón de su falta personal (v. al respecto, Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1983, Art. 505 (antiguo); C. de Org. Judicial, L. 781-1 pág. 639; J. Vincent, ob. cit. No. 175, p. 206).

a reparar el daño causado con ella. Este principio general no es aplicable a la acción en responsabilidad civil dirigida contra el juez. El juez no es responsable de sus errores ni de sus simples faltas, sino solamente de sus fraudes, de la violación consciente e intencional de la ley.

Quién puede ser demandado. De acuerdo con lo que dispone el art. 505, pueden ser demandados en responsabilidad civil: los jueces de paz, los jueces de primera instancia, de las cortes de apelación, de la Suprema Corte de Justicia. Pero están eximidos de esta responsabilidad los jueces del Tribunal de Tierras; la reparación pecuniaria de las faltas cometidas por éstos es puesta a cargo del Estado (art. 226 y s. de la L. de R. de T.). Puede ser demandado en responsabilidad civil no solamente el juez titular, sino también la persona que sustituye a ese juez.

Casos de responsabilidad civil. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 505 los jueces pueden ser demandados en responsabilidad civil en los siguientes casos:

1o. Cuando ha habido por parte del juez dolo, fraude o concusión.

2o. En los casos en que la ley lo autoriza expresamente. En materia civil no existe ninguna disposición que permita expresamente la demanda en responsabilidad contra el juez, pero sí la contienen los art. 77, 112, 164 y 278 del C. de Pr. Criminal.

3o. Cuando la ley declara al juez responsable bajo pena de daños y perjuicios, por ej., en los art. 15 y 928 del C. de Pr. Civil y 647 del C. de Comercio.

4o. Cuando haya denegación de justicia. Esto ocurre: cuando el juez rehuse estatuír bajo pretexto de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley (art. 4 del C. Civil; Civ. 4 de febrero, 1924, D. P. 1924, I. 62); cuando el juez rehuse responder a los pedimentos que se le dirijan o se descuide en fallar los asuntos en estado (art. 506 del C. de Pr. Civil), en los plazos impartidos al efecto por el art. 165 de la L. de O. J. ref. por la L. 1021 de 1935, salvo circunstancia de fuerza mayor, que el juez deberá hacer constar en auto dictado al efecto y que deberá mencionarse en la sentencia. El juez no incurre

en responsabilidad civil de pleno derecho, por su simple retardo en cumplir sus deberes. La ley exige que, antes de ser demandado en responsabilidad, el juez sea puesto en mora de cumplir su deber de juzgar por medio de dos pedimentos dirigidos a la persona de su secretario, y que se notificarán en el intervalo de tres días a lo menos si se tratare de un juez de paz o un j. de p. i. en un asunto comercial y de octava en octava si tratare de otros jueces (art. 507 y 508).

Competencia. De conformidad con las disposiciones contenidas en los arts. 509 del C. de Pr. Civil y 164 de la L. de O. J. ref. por la L. 294 de 1940, la demanda en responsabilidad civil debe ser incoada: contra los jueces de paz y jueces de primera instancia, ante la corte de apelación correspondiente; contra los jueces de las cortes de apelación, ante la Suprema Corte de Justicia; y, por analogía forzosa con esas disposiciones, contra los jueces de la S. C. ante ella misma.

Procedimiento. La demanda en responsabilidad civil está sujeta a un procedimiento que se desenvuelve en dos fases: una autorización previa para incoar la demanda, y un juicio contradictorio para conocer de la demanda.

Autorización previa La parte que quiera demandar a un juez en responsabilidad civil debe solicitar previamente permiso de la corte de apelación o de la Suprema Corte de Justicia, según los casos (art. 510), mediante instancia firmada por ella o por su representante provisto de poder auténtico y especial acompañado del poder y de los documentos justificativos (art. 511).

Esa instancia no podrá contener palabras injuriosas contra el juez, bajo pena de multa y apercibimiento contra la parte, y aun de suspensión contra el abogado (art. 512). Pero no habiendo fijado la ley la cifra de la multa, resulta que el tribunal no podrá imponerla, por aplicación del principio según el cual no puede haber penas arbitrarias.

En vista de la instancia, la corte componente examina si procede o no otorgar autorización para demandar en responsabilidad civil. Esto se hace en cámara de consejo, fuera de la presencia del juez motivo de la demanda. El demandante puede presentar alegatos personalmente o por medio de un

abogado, en apoyo de la solicitud. El expediente es comunicado al ministerio público, para que dictamine, puesto que se trata de un asunto que interesa al orden público. La sentencia es pronunciada también en camara de consejo.

Demanda; instrucción de la causa. Si la solicitud es admitida, el juez puede ser demandado en responsabilidad civil (art. 514). A este efecto será citado, dentro de los tres días de la autorización, a persona o domicilio, para comparecer ante la corte correspondiente. La citación será acompañada de copias de la sentencia que la autoriza y de los documentos en que se apoya la demanda.

Dentro de la octava, el juez demandado notificará su defensa.

Después de incoado este procedimiento, y hasta que intervenga sentencia definitiva, el juez deberá abstenerse de conocer, no solamente el proceso que ha dado ocasión a la demanda en responsabilidad civil, sino también de todas las causas que la parte demandante, sus parientes en línea recta o su cónyuge puedan tener pendientes ante el tribunal a que dicho juez pertenece.

La demanda en responsabilidad civil es llevada a la audiencia por un simple acto. El art. 515 disponía que la demanda "será juzgada por una sala formada ad hoc por la Suprema Corte de Justicia, compuesta con dos de los jueces que no hubieren figurado entre los que acordaron la autorización para establecer la demanda, y un abogado". Actualmente, según se ha expuesto, de conformidad con las reglas contenidas en el art. 164 de la L. de O. J., ref. por la L. 294 de 1940, es la S. C. de J. el tribunal competente para conocer de las demandas en responsabilidad contra los jueces de las cortes de apelación y contra sus propios jueces; en caso de que quede incompleta a causa de la regla establecida en el art. 515, se integrará llamando a presidentes o jueces de c. de a., conforme lo dispone el art. 27 de la L. de O. J. ref. por la L. 1257 de 1946. Tratándose de demanda en responsabilidad civil contra otros jueces, de la que conoce, como también se ha expuesto, la c. de apelación, esta debe constituirse, a fin de conocer de la solicitud para intentar la demanda (primera fase

del procedimiento), con tres jueces, de conformidad con lo regulado en términos generales por el art. 34 de la L. de O. J. mod. por la L. No. 255 del 1981. De aquí resulta que en acatamiento de lo prevenido en el art. 515, quedarían solamente dos jueces capacitados para conocer de la demanda (segunda fase del procedimiento), los que no figuraron entre los tres que integraron la corte para conocer de la solicitud. En este caso, conforme lo dispone también el art. 34 de la L. de O. J., se llamará a un juez de p. i. para completar la corte.

Sentencia. Si la corte estima que la demanda en responsabilidad civil es infundada, condena al demandante a una multa de hasta 60 pesos, y a los daños y perjuicios en favor de las partes, si hubiere lugar a ello, de acuerdo con el art. 516.

Por el contrario, en caso de que la demanda aparezca fundada, la corte debe, naturalmente, condenar al juez o tribunal demandado a pagar una indemnización a la parte demandante, como reparación del daño experimentado.

La condenación al pago de una indemnizacion puede ser suficiente para reparar el daño causado al demandante, cuando la acción en responsabilidad civil ha sido intentada con motivo de una sentencia intervenida a consecuencia de dolo, fraude o concusión. En estos casos no parece necesario hacer caer la sentencia. Además, es posible que la sentencia sea reformada en un recurso de apelación, o retractada mediante un recurso de tercería, cuando el adversario del demandante en responsabilidad haya participado en el dolo o en el fraude. Pero puede ocurrir que la sentencia no pueda ser reformada porque haya expirado el plazo de la apelación, ni retractada porque el otro litigante no haya participado en el dolo o fraude. En estos casos, es posible que la indemnización a que ha sido condenado el juez resulte insuficiente para dar satisfacción al demandante, sea porque el juez no se encuentre en condiciones de pagar la indemnización a que ha sido condenado, sea porque se trate de un proceso que en sí mismo no tenga valor pecuniario, como por ej. una cuestión

de estado. Se promueve a propósito de esto la cuestión de saber cuál es la verdadera naturaleza de la acción en responsabilidad civil contra el juez. Si se adopta la opinión que sostiene que es invariablemente una pura acción contra la persona del juez, se debería decidir como consecuencia que el demandante tendría que conformarse con que permanezca en vigor la sentencia pronunciada por el juez demandado en responsabilidad civil aunque la suma que se le otorgue a título de indemnización sea insuficiente para desinteresarlo, o aunque no pueda cobrar ninguna suma o cobre una suma inferior a la acordada, a causa de la insolvencia del juez. Se ha considerado, sin embargo, en sentido opuesto, que sería contrario a los fines de la justicia el mantener la autoridad de la cosa juzgada a una sentencia dictada fraudulentamente. Esas razones postulan en favor del sistema según el cual en los casos en que la indemnización otorgada al demandante no baste para reparar el daño, o cuando no es posible cobrar el todo o parte de la indemnización, la sentencia puede ser anulada como efecto de la demanda en responsabilidad civil. La ley no es contraria a esta solución; su propósito de considerar este procedimiento tanto como un recurso contra el juez como un recurso contra la sentencia resulta del hecho de que los arts. 505 y s. forman el título III del libro IV de la primera parte del C de Pr. Civil, el cual lleva como epígrafe: DE LOS RECURSOS PARA IMPUGNAR LAS SENTENCIAS.

Si se adopta esta última opinión habría que decidir: 1ro., que la sentencia de la c. de a. que estatuye sobre la demanda en responsabilidad civil tiene como efecto el de reponer a las partes en el estado en que se encontraban antes de dictarse la decisión emanada del juez objeto de la demanda en responsabilidad civil; 2o., que cuando es la S. C. de J. la que conoce de la demanda en responsabilidad civil, ella podría enviar el asunto ante otra c. de a., por analogía con lo dispuesto en el art. 20 de la L. sobre Pr. de Casación, y haciendo uso del poder que le confiere el art. 29-2o. de la L. de O. J., de "determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley".

SECCION V – DENEGACION (150)

Principios generales. El epígrafe del título XVIII del libro II de la primera parte del C. de Pr. Civil es: DE LA DENEGACION DE ACTOS HECHOS POR ABOGADOS Y ALGUACILES. Son, pues, denegables: 1o., los actos que el abogado prepare en el curso del proceso en nombre de su cliente, tanto en materia civil, como en materia comercial (art. 618 del C de Comercio, ref. por la L 682 de 1921), que entren dentro de la noción que de tales actos ha sido expuesta precedentemente, 2o., los actos preparados por el alguacil, en su calidad de oficial ministerial, en las mismas circunstancias.

Denegación incidental; denegación principal. La denegación es incidental cuando es formada en el curso de un proceso.

También puede ser incoada la denegación después de la sentencia que pone fin a la instancia, sea que esa sentencia haya sido impugnada por apelación, sea antes de ser interpuesto el recurso de apelación, sea que la sentencia haya sido

(150) El Nuevo Código de Pr. Civil Francés (art. 416 y 417) ha derogado las disposiciones relativas al desconocimiento o denegación, previstos en los arts. 352 y s. Independientemente de que han sido mantenidos los principios del antiguo sistema procesal, especialmente los relativos a la obligación de justificar el mandato de parte de toda persona que pretende ostentar la representación de otro, y la dispensa de esta justificación al abogado, así como la obligación exigida al abogado de ostentar un poder expreso y especial en determinados casos (inscripción en falsedad, juramento, etc.), la nueva legislación francesa ha reforzado los poderes normales del mandatario para actuar en justicia. En efecto, se presume que este mandatario está investido de un poder especial para desistir, dar aquiescencia, hacer o aceptar ofrecimientos, hacer confesiones y dar consentimientos. Por otra parte, esta presunción no puede ser objeto de una denegación. En cambio, ha reemplazado esta acción, poniendo a disposición de la parte interesada otros medios que podrían resumirse haciendo dos distinciones: en el caso de que no existiere mandato alguno, el acto irregular se encuentra afectado por una irregularidad de fondo (falta de calidad), que conlleva su nulidad (art. 117 del Nuevo Código); en en caso de que se repute que el mandatario ha recibido mandato, existe únicamente la responsabilidad personal del mandatario por el acto injustificado (art. 698 del Nuevo Código) V. Jean Vincent, Procedure Civil, Nos. 755 y s., pág. 984 y s.

Conviene observar que la disposición del citado art. 117 fue adoptada por el art. 39 de la L. 834, a cuyo tenor puede impugnarse la actuación de un mandatario por falta de calidad.

pronunciada en instancia única, sea que, por no haber sido impugnada, la sentencia haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada. La denegación puede ser dirigida también contra un acto extrajudicial. En todos estos casos se dice que hay denegación *principal*.

Una y otra clase de denegación están sujetas a reglas distintas en cuanto a las formas del procedimiento, a los plazos de su ejercicio, y a los efectos de la acción.

Reglas de competencia. Hay que distinguir entre la denegación incoada respecto de un acto *judicial*, esto es de un acto que forma parte de las tramitaciones de un proceso, y la denegación dirigida contra un acto *extrajudicial*, o sea de un acto hecho fuera de todo proceso.

De conformidad con lo que disponen los arts. 356 y 357, la denegación formada contra un acto *judicial* debe ser llevada ante el tribunal ante el cual el acto impugnado ha sido hecho, aunque sea formada de modo principal, y aun cuando la instancia haya terminado. Es un caso de competencia funcional. La ley ha atribuído competencia a este tribunal porque lo considera el más apto para decidir, con pleno conocimiento de causa, acerca del incidente de la denegación. Esta regla de competencia se justifica, por otra parte, en razón de que el éxito de la demanda en denegación tendrá como consecuencia la anulación del procedimiento hecho ante el tribunal y de la sentencia pronunciada por éste.

Tratándose de la denegación de un acto *extrajudicial*, como por ej. de un mandamiento de pago, notificado por el alguacil sin haber recibido mandato de la parte requeriente, la acción debe ser intentada ante el tribunal del domicilio del demandado, conforme al derecho común. El art. 358, que confirma esta regla de competencia, aunque habla de "un acto respecto del cual no hubiere instancia", debe ser sin embargo, interpretado como si se refiriera a un acto respecto del cual *no haya habido instancia;* de lo contrario habría contradicción entre los arts. 356 y 358.

Hasta cuándo es posible. El ejercicio de la acción en denegación, respecto de un acto extrajudicial, es posible indefinidamente, durante todo el tiempo en que el acto tenga exis-

tencia legal y sea, por consiguiente, susceptible de producir efectos perjudiciales a la persona interesada en denegarlo.

Si se trata de un acto que forma parte de una instancia, de un acto judicial, la denegación es posible hasta tanto la instancia no es terminada por sentencia inatacable. La denegación es posible también mientras subsista la facultad de impugnar la sentencia por oposición o por apelación, y después de intentados estos recursos en los plazos legales.

La facultad de denegar el acto, sea extrajudicial, sea judicial, se pierde cuando ha intervenido ratificación expresa o implícita.

De conformidad con lo que dispone el Art. 362, la denegación sería posible aún después que la sentencia, contradictoria o en defecto, que termina la instancia, hubiera adquirido la fuerza de la cosa juzgada, durante el plazo de octava a partir del día en que la sentencia se presumía ejecutada según los términos del art. 159 (pago de las costas, venta de los muebles embargados, denuncia del embargo inmobiliario, etc.). Esta disposición, que circunscribía en el breve plazo de octava el derecho de intentar la denegación, se justificaba por el interés legítimo que existe en mantener la autoridad de la cosa juzgada a una sentencia que no es ya susceptible de oposición ni de apelación, y que, además, ha sido ejecutada. La supervivencia de la acción en denegación, mas allá de esos plazos, sería atentatoria a la estabilidad jurídica que proporciona la sentencia a la parte gananciosa, ya que, como se ha expuesto, la denegación podría hacer caer la sentencia dictada en el proceso de que forma parte el acto denegado. La autoridad de la cosa juzgada inherente a la sentencia, en efecto, que cubre sus vicios de forma, puesto que no puede ser reformada ya por ninguna vía, debe cubrir con mayor razón el vicio resultante de la falta de poder del abogado o del alguacil que actuó en representación de las partes.

Conviene tener en cuenta, sin embargo, que el art. 159 ha sido expresamente derogado por la L 845 de 1978, como lo han sido también los art. 449 y 450, que prohibían el ejercicio del recurso de apelación durante el plazo de ocho días

contados a partir de la fecha del fallo, suspendiendo su ejecución durante el indicado plazo.

En el estado actual de nuestra legislación pues, el plazo mismo de la apelación y el de la oposición son suspensivos de la ejecución de la sentencia salvo los casos de ejecución provisional [151]

Cómo se inicia. Sea principal o incidental, la denegación está sujeta, de conformidad con lo que prescribe el art. 353, a una formalidad previa: la declaración de la demanda en la secretaría del tribunal, por acto firmado por la parte demandante, o por su apoderado con poder especial y auténtico, con ministerio de abogado, y contentivo de los medios y conclusiones. Estas formalidades son sustanciales.

El incidente de denegación interesa evidentemente al orden público, puesto que compromete la situación del abogado o del alguacil, auxiliares de la justicia; por este motivo el art. 359 exige que toda demanda en denegación sea comunicada al ministerio público.

Sobreseimiento. El art. 357 prescribe que el tribunal apoderado de la instancia principal (naturalmente en caso de denegación contra un acto judicial) deberá sobreseer en el procedimiento y en la sentencia, hasta que la demanda en denegación sea fallada; pero puede fijar un plazo al denegante para que haga juzgar el incidente, pasado el cual podrá dictarse decisión acerca del asunto principal.

Procedimiento. La *denegación principal* es notificada por acto de citación al abogado o al alguacil y a las partes que figuran en el proceso principal, para comparecer ante el tribunal (art. 356).

La *denegación incidental* está sujeta a reglas distintas, según los casos (art. 354 a 356). Cuando es dirigida contra el abogado, la demanda en denegación le es notificada a él y a las otras partes por acto de abogado, si el incidente es de la competencia del tribunal ante el cual se prosigue la instancia principal en que ese abogado figura constituído por la parte actora en la denegación, puesto que en este caso se trata de

(151) V. J. Vincent, ob. cit., pág. 735 y 736.

una demanda incidental; en el caso contrario, el abogado y las otras partes son llamados por acto de citación.

Sentencia. La decisión que intervenga sobre la denegación puede rechazarla o admitirla.

Si la rechaza, el acto denegado conserva su eficacia. Además, el denegante puede ser condenado a resarcir al denegado y a las otras partes de los perjuicios causados con la demanda, dispone el art. 361.

Si, por el contrario, la demanda en denegación es admitida, el acto impugnado es jurídicamente aniquilado. En consecuencia de ello, el art. 360 dispone que la sentencia que ha terminado el proceso, o las disposiciones de éste que se refieren "a los puntos que hubieren motivado la denegación, quedarán anulados y como insubsistentes". La denegación funciona, en este caso, a la manera de una vía de recurso contra la sentencia, al igual que la demanda en responsabilidad civil contra el juez, puesto que, no obstante hallarse a cubierto de todas las vías de recurso, la sentencia puede caer a consecuencia del éxito de la demanda en denegación.

El abogado o el alguacil contra quien fue dirigida la demanda en denegación puede incurrir en una cuádruple responsabilidad (art. 360): puede ser condenado a pagar al denegante una indemnización por el perjuicio causado con su actuación, conforme al derecho común, y a lo que disponen los arts. 1030 y 1031; puede ser condenado a indemnizar a la parte adversa del denegante el perjuicio que le ha causado al haber actuado frente a ella sin la procuración necesaria; puede ser perseguido disciplinariamente; puede, por último, incurrir en responsabilidad penal, si su hecho constituye una infracción.

La denegación ante la S. C. de Justicia. Ante la S. C. de Justicia en funciones de Corte de Casación, el procedimiento de este incidente está regulado por los arts. 53 a 56 de la L. sobre Pr. de Casación. La demanda no es declarada en secretaría, sino que se interpone después de permiso otorgado por la S. C. de Justicia, luego de oír el dictamen del Proc. General de la República. A partir de la notificación de la de-

manda se siguen los trámites previstos en los arts. 355 y s. del C. de Pr. Civil.

CAPITULO V–INCIDENTES RELATIVOS A LA INSTANCIA[152]

SECCION I–INTERRUPCION DE LA INSTANCIA RENOVACION

Interrupción, suspensión de la instancia. Estas dos figuras jurídicas deben ser distinguidas cuidadosamente.

La instancia es *suspendida* cuando el curso del proceso es detenido como consecuencia de ciertos acontecimientos ajenos a las partes o a sus representantes procesales, los abogados. Ejemplos: cuando sobreviene una demanda en denegación, el art. 357 manda que sea sobreseído el proceso del cual forma parte el acto impugnado; cuando en un proceso civil en que se reclama indemnización por el perjuicio causado con un crimen o un delito se presenta la cuestión previa del ejercicio de la acción pública (art. 3 del C. de Pr. Criminal). En estos casos, la instancia, simplemente suspendida por el incidente de la denegación o por la persecución penal, es con-

(152) Las disposiciones de los arts. 344 y s. fueron sustituídas en Francia por los arts. 369 a 376 (interrupción) y 377 a 380 (suspensión, sobreseimiento). La nueva legislación francesa instituye dos casos de interrupción de la instancia: La interrupción de pleno derecho y automática (mayoría de edad de los litigantes, cesación de las funciones del abogado o del avoué, en los casos en que su representación es obligatoria; los efectos de una sentencia que pronuncia el reglamento judicial o liquidación de bienes, en los asuntos que conllevan asistencia o desapoderamiento del deudor. La interrupción subordinada a una notificación dirigida a la parte contraria (fallecimiento de una de las partes, cesación de las funciones del representante legal de un incapaz; la recuperación o la pérdida de una de las partes de su capacidad para litigar.

Dos innovaciones conviene resaltar en la nueva legislación francesa; la facultad atribuída al juez de invitar a las partes a renovar la instancia y solicitar del ministerio público la obtención de los informes pertinentes respecto de esta renovación; la facultad que se le otorga al juez en caso de usar de esta facultad con indicación a las partes de un plazo, de indicar el aumento, en caso de cumplimiento dentro del plazo otorgado (art. 376, 381 a 386).

tinuada después que sean resueltas esas cuestiones.

Por el contrario, la instancia es *interrumpida* cuando las partes o sus abogados se encuentran en la imposibilidad de realizar las actuaciones procesales como resultado de un acontecimiento que modifica su situación personal. En este caso hay solución de continuidad en los procedimientos de la instancia, a diferencia de lo que ocurre en la simple suspensión. Cuando la instancia es interrumpida es preciso *renovarla o reanudarla.*

Causas de interrupción. La instancia es interrumpida en dos casos, según lo dispone el art. 344: 1o. cuando una de las partes muere, y su muerte es notificada a la otra parte; 2o., cuando el abogado de una de las partes muere o viene a encontrarse incapacitado para ejercer la profesión de abogado, a causa de una medida disciplinaria, de una decisión del Poder Ejecutivo que lo priva del exequátur, o de la aceptación de un cargo judicial(153). Estas normas se justifican plena-

(153) El art. 344 habla también de *dimisión* y de *destitución* del abogado. Esto se debe a que los adaptadores del código perdieron de vista los estatutos del abogado dominicano, que es un profesional libre, que puede incurrir en incapacidad para el ejercicio de su profesión por las causas enunciadas en el texto, pero que no es un oficial ministerial como el avoué del derecho francés) que pueda dimitir de su cargo o que pueda ser destituído. Una tentativa de interpretación literal del art. 344 ha conducido a la S. C. de J. (Casación, 31 de agosto de 1931, B. J. 253, p. 102), aislando ese texto del conjunto de nuestra legislación procesal, a tener que hacer estas declaraciones: "que el art. 397 del Código de Procedimiento Civil establece que toda instancia, aunque en ella no haya habido constitución de abogado, se extinguirá por cesación de los procedimientos durante tres años y que ese plazo se aumentará a seis meses más en aquellos casos que den lugar a demanda en renovación de instancia o constitución de nuevo abogado; que según el art. 344 del mismo Código hay necesidad de renovar la instancia en caso de muerte de una de las partes y de constituir un nuevo abogado en caso de muerte, dimisión, interdicción o destitución del abogado de una de las partes; que está admitido que la enumeración del citado artículo 344 no es limitativa y que hay que asimilar a los casos previstos de un modo expreso por dicho artículo en cuanto a la constitución de nuevo abogado, todos los casos en que hay que asimilar a los casos previstos de un modo expreso por dicho artículo en cuanto a la constitución de nuevo abogado, todos los casos en que, por una circunstancia imprevista e independiente de su voluntad, una de las partes se encuentra obligada a constituír un nuevo abogado y uno de éstos es la aceptación por su abogado de un cargo judicial incompatible con el ejercicio de la abogacía, y por consiguiente con la conservación del mandato conferídole por esa parte para representarla y defenderla en dicha instancia; que el aumento de seis meses establecido por la disposición general y absoluta del citado artículo 397, cuando hay lugar a renovación de instancia o constitución de nuevo abogado, aprovecha a ambas partes y al no perimir en esos casos la instancia sino después de la expiración del plazo de tres años y seis meses a partir

mente. Ninguna de las partes debe ser juzgada y condenada sin que haya tenido oportunidad de presentar adecuadamente sus medios de defensa; de ahí la necesidad de que la instancia sea interrumpida mientras la parte se encuentra inhabilitada para defenderse idóneamente. Pero, al mismo tiempo, la ley tiende a hacer efectiva la pronta solución del proceso, dictando reglas para que la instancia pueda ser prontamente reanudada.

El incidente causado por el fallecimiento de la parte es llamado *renovación de instancia* propiamente dicha; el causado por la cesación del mandato del abogado se designa *constitución de nuevo abogado.* La diferencia de nombres se explica: en el primer caso, el abogado constituído por la parte fallecida sigue siendo el abogado de la causa, la que es continuada a diligencias de los sucesores de esa parte; en el segundo caso, es preciso constituír un nuevo abogado en reemplazo del que ha muerto o ya no puede postular.

Fallecimiento de una de las partes. Para que este acontecimiento interrumpa la instancia es preciso que el hecho del fallecimiento sea notificado a la parte contraria, por acto de abogado dispone el art. 344. Esta notificación, aunque no vaya acompañada de copia del acta de defunción, basta para interrumpir la instancia, salvo el derecho de la parte contraria de exigir la prueba del fallecimiento.

Muerte o cesación de funciones del abogado. Estas causas de interrupción operan automáticamente, sin necesidad de ser notificadas de acuerdo con el art. 344. La diferencia entre la manera cómo interrumpen la instancia la muerte de una de las partes y la del abogado o la cesación de sus funciones se explica fácilmente: la muerte de una de las partes puede

de la interrupción de la misma intancia, la demanda tendiente a hacer derar perimida ésta en esos mismos casos es irrecibible cuando es intentada antes de la expiración de dicho plazo de tres años y seis meses, y la otra parte invoca su derecho a la prórroga de seis meses". Todo eso hubiera resultado innecesario si, en vez de abordar el tema por la letra del art. 344, se hubiera considerado su espíritu y la situación ocupada por ese texto dentro de nuestro sistema jurídico en cuanto se refiere al ejercicio de la profesión de abogado; entonces hubiera sido fácil darse cuenta de que hay forzosamente lugar a interrupción de la instancia cuando el abogado acepta un cargo judicial, a causa de la incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de abogado y el desempeño de un semejante cargo.

ser ignorada por las otras partes o por sus abogados, en tanto que la muerte o la cesación de funciones del abogado son forzosamente hechos conocidos por los demás abogados.

Nueva situación de las partes o de sus apoderados. De conformidad con lo que dispone el art. 345, los procedimientos de la instancia continúan no obstante los cambios sobrevenidos en la capacidad de las partes o en los poderes de sus representantes. La ley se refiere tanto a la adquisición o recuperación como a la pérdida de capacidad ocurrida en una de las partes, lo que conlleva, en el primer caso, la eliminación de su representante legal, en el segundo caso el advenimiento de un representante legal. Ejemplos: un menor alcanza la mayor edad; una persona es puesta en interdicción; a un interdicto se le levanta la interdicción; un menor es emancipado. En el primer caso (menor que alcanza la mayor edad) el proceso iniciado por el tutor en nombre del menor es continuado personalmente por éste; en el segundo caso (parte que fue luego interdicta) el proceso iniciado personalmente por la parte es continuado por el tutor; en el tercer caso (interdicto a quien se levanta la interdicción) el proceso iniciado por el tutor es continuado personalmente por el ex interdicto; en el cuarto caso (menor que es emancipado) el proceso iniciado por el padre administrador legal o por el tutor en nombre del menor es continuado por éste con la asistencia de su curador.

El cambio de estado de la mujer, al casarse, divorciarse o enviudar, no tiene significación alguna en la marcha del proceso, puesto que su capacidad no es influída por esos acontecimientos.

En derecho común el mandato ordinario termina con los poderes del que lo confirió. Así, por ej., el mandato otorgado por el tutor cesa a la terminación de la tutela. Pero, tratándose del mandato ad litem del abogado, esta regla no tiene aplicación. La cesación de las funciones de quien lo otorgó no pone fin al mandato del abogado; éste continúa ocupando por el ex incapaz mientras no le sea revocado el mandato, conforme lo dispone el art. 75.

Cambios en el actor antes de la comparecencia. El fallecimiento o el cambio de estado del demandante influyen en la continuación de la instancia cuando sobrevienen antes que el demandado haya constituído abogado. Para estos casos, el art. 345 dispone que el demandado "será emplazado de nuevo a octavo día, para que oiga adjudicar las conclusiones". La ley teme que el demandado crea que no debe ya constituír abogado porque el fallecimiento o el cambio de estado del demandante traigan como consecuencia el abandono del proceso. La nueva citación es notificada a requerimiento de la persona que debe continuar el proceso, sean los herederos del demandante, o sea el incapaz venido a ser capaz, sea el representante de la persona que ha perdido la capacidad, según los casos. Es solamente después de esta nueva citación cuando puede pedirse contra el demandado el pronunciamiento del defecto. Por lo demás, subsisten los efectos producidos por la primera citación: curso de los intereses e interrupción de la prescripción.

Se admite por analogía con lo que dispone el Art. 345, que se requiere también una nueva citación cuando el abogado del demandante muere o cesa en el ejercicio de la profesión antes que el demandante constituya abogado; en este caso, en efecto, no hay abogado frente a quien deba constituirse el demandado.

Hasta cuando puede haber interrupción. Según resulta de las disposiciones combinadas de los Arts. 342 y 343 del C. de Pr. Civil, la interrupción de la instancia puede ocurrir solamente mientras tanto el asunto *no se encuentra en estado de recibir fallo,* esto es, hasta el momento de la presentación de las conclusiones en audiencia si las partes han discutido oralmente, o hasta que transcurra el plazo concedido por el juez para el depósito en secretaría de los escritos de réplica y contraréplica (art. 77 y 78 del C. de Pr. Civil, mod. por la L. 845 de 1978).

Si las partes han concluido sobre un incidente, el asunto se halla en estado respecto de este incidente, y el tribunal puede, en consecuencia, dictar sentencia sobre el mismo no obstante la muerte de una de las partes o la cesación de las funciones de uno de los abogados. Pero, a partir de esta sen-

tencia, el procedimiento queda interrumpido.

Efectos de la interrupción. Cuando se produce la interrupción de la instancia, el procedimiento queda paralizado.

Los actos de procedimientos hechos después de la interrupción de la instancia son nulos dispone el art. 344. Esta nulidad es puramente relativa: puede ser opuesta únicamente por la parte o por los herederos de la parte respecto de la cual se produjo la causa de interrupción; es cubierta por el silencio de la parte interesada.

Es asimismo nulo el fallo intervenido no obstante la interrupción de la instancia. Esta nulidad tiene que ser propuesta por medio del ejercicio de las vías de recurso correspondientes: oposición, apelación, revisión civil, casación. La sentencia pronunciada después de la cesacion de funciones del abogado podría ser considerada una sentencia en defecto por falta de comparecer y susceptible de ser impugnada por oposición, en caso de que se cumplan las previsiones que al respecto, contienen los Art. 150 y 151 del C. de Pr. Civil, mod. por la L. 845 de 1945. La sentencia intervenida no obstante el fallecimiento de una de las partes puede ser impugnada por apelación si es en primera instancia, y por revisión civil, o por casación, si es en única o en última instancia.

La interrupción de la instancia suspende el curso de los plazos; éstos se reanudan después que ha cesado la interrupción. La interrupción conlleva necesariamente, pues, suspensión de la instancia.

Los efectos de la demanda subsisten, no obstante la interrupción de la instancia.

Renovación de la instancia. La instancia interrumpida debe ser renovada o reanudada, a fin de que el proceso continúe su curso. Esta renovación puede ser *voluntaria o forzosa.* (v. Casación, enero de 1935, B. J. 294, p. 8).

Renovación voluntaria. La instancia es voluntariamente reanudada cuando el procedimiento es continuado por una de las partes, como por ej. si los herederos de la parte fallecida ocupan en el procedimiento el puesto de aquella, o si la

parte cuyo abogado cesó de postular constituye otro en su lugar.

Renovación forzosa. A falta de renovación voluntaria, la parte interesada en continuar el proceso debe recurrir al procedimiento de la renovación forzosa contra los herederos de la parte fallecida o contra la parte cuyo abogado ha cesado en sus funciones. Al efecto, la parte será citada, en el primer caso, en renovación de instancia, y, en el segundo caso, en constitución de nuevo abogado. La citación es hecha conforme al art. 346. Si no comparece la parte citada en renovación de instancia o en constitución de nuevo abogado, el tribunal pronunciará sentencia en defecto que declarará renovada la instancia y mandará que se proceda conforme a los últimos trámites, esto es, de acuerdo con el estado en que se encontraba la causa en el momento en que se produjo la interrupción de la instancia.

Asuntos comerciales; juzgado de paz. En las materias comerciales y de la competencia del j. de paz en los que no existía el ministerio de abogado, se admitía que solamente podía haber interrupción de la instancia por causa de fallecimiento de la parte. Para los asuntos comerciales, el art. 426 reconoce expresamente que la muerte de una de las partes interrumpe la instancia. Lo mismo debía ser admitido con relación a los asuntos de la competencia del j. de paz, aún a falta de texto. No obstante, después de la puesta en vigor de la L. 91 de 1983, que instituye el Colegio de Abogados, y hace obligatorio su ministerio en estas jurisdicciones, es necesario admitir que se producen ambas causas de interrupción (fallecimiento de la parte y del abogado). En consecuencia, será necesario proceder según lo expuesto, para la materia civil ante el j. de primera instancia y la c. de apelación.

SECCION II–DESISTIMIENTO

En qué consiste. En términos generales, el desistimiento es la renunciación por el demandante a los efectos del proceso, o por una cualquiera de las partes a los efectos de uno de los actos del proceso. Segun el alcance que tenga, pueden dis-

tinguirse tres clases de desistimiento: el desistimiento de acción, el desistimiento de instancia, el desistimiento de actos procesales.

El desistimiento de acción es un abandono del derecho mismo. Tiene como resultado extinguir el proceso en el pasado y hacerlo imposible en el porvenir. Está regido por las normas del derecho común relativas a las renunciaciones en general.

El desistimiento de instancia es una renuncia a la situación jurídica creada por la instancia. Extingue el proceso *actual*, a partir de la demanda inclusive, pero deja subsistente el derecho de acción en justicia. Las partes quedan repuestas en la situación existente antes de la demanda. Una nueva demanda puede ser intentada posteriormente al desistimiento.

El desistimiento de actos procesales determinados es la renunciación a los efectos producidos por esos actos. En tanto que el desistimiento de acción y el de instancia emanan naturalmente del demandante, es evidente que el desistimiento de actos procesales determinados puede provenir tanto del demandante como del demandado. Este desistimiento puede intervenir respecto de un acto único, o de varios actos, o de una demanda incidental, etc. Se le puede asimilar, cuando proviene del demandante, a un desistimiento parcial de instancia, de extensión más o menos grande según el número y la naturaleza de los actos abandonados por el desistente.

El de instancia es el único desistimiento regulado por el C. de Pr. Civil (art. 402 y 403). El desistimiento de acción y el de actos determinados se hallan regidos por las disposiciones del derecho común y por las reglas generales que gobiernan el proceso.

Desistimiento implícito. Es el que resulta de un hecho personal que conlleva el abandono, sea del derecho, sea de la instancia, sea de un acto procesal Pero, lo mismo que el desistimiento expreso, el desistimiento implícito no se presume, y debe ser probado por la parte que lo alega (Casación, 6 de marzo de 1953, B. J. 512, p. 370; 16 de marzo de 1955, B. J. 536, p. 503).

Desistimiento de instancia. Es particularmente útil distinguir con toda exactitud el desistimiento de acción del desistimiento de instancia. Pero esta distinción es frecuentemente difícil, sobre todo cuando el demandante declara simplemente, que desiste, sin precisar que abandona únicamente la instancia o que renuncia a su derecho o a sus pretensiones. En la duda, la fórmula empleada por el demandante debe ser interpretada restrictivamente, como simple desistimiento de instancia. Todo abandono de derecho, en efecto, debe ser expresado.

En diferentes hipótesis el demandante tiene justificado interés en desistir de una instancia, conservando intacto, sin embargo, su derecho de acción en justicia. Ejemplos: la demanda ha sido incoada ante un tribunal incompetente: la citación está viciada de nulidad; la demanda ha sido intentada prematuramente, esto es antes de vencerse el término o de realizarse la condición que afecta el derecho del demandante. En todas estas hipótesis, si el procedimiento continuara es muy probable que interviniera sentencia desfavorable al demandante, que declinara la competencia del tribunal, o que anulara la citación, o que declarara inadmisible la demanda, según los casos. La ley ha considerado preferible permitir al demandante abandonar esa instancia, y, antes de que se cause la totalidad de las costas procesales, recomenzarla, sea ante el tribunal competente, sea mediante una citación regular en la forma, sea luego de vencido el término o de realizada la condición que afecta a su derecho.

Capacidad; poder. De acuerdo con una opinión, las condiciones de capacidad y de poder serían idénticas para el desistimiento de instancia y para el desistimiento de acción, porque ambos suponen que el desistente tiene capacidad o poder para disponer del derecho litigioso. Por consiguiente, esos dos desistimientos pueden ser consentidos solamente por las personas a quienes no es necesario ningún requisito particular de capacidad o de poder para incoar el proceso.

Prevalece una segunda opinión, según la cual no puede exigirse en materia de desistimiento de instancia otra capacidad, otro poder ni otra habilitación que las requeridas para el

ejercicio de la acción. Así, por ej.: el tutor puede, como representante del menor, ofrecer un desistimiento de instancia, aún en materia inmobiliaria; el menor emancipado puede desistir, sin la asistencia de su curador, en todos los casos en que puede incoar la demanda sin esa asistencia. El desistimiento de instancia, en efecto, puede ser asimilado, no a un acto de disposición, sino a un acto de administración, puesto que deja intacto el fondo del derecho del desistente. Como su único objeto es aniquilar un procedimiento cuya continuación sería perjudicial para el demandante, es preciso decidir que el que tiene capacidad para incoarlo tiene igualmente capacidad para abandonarlo.

Excepcionalmente, sin embargo, se exige en el desistente la capacidad de disponer del objeto litigioso, en todos aquellos casos en que el desistimiento de la instancia conlleva de manera indirecta la pérdida del derecho mismo. Esto resulta, por ej., cuando al aniquilar la citación en justicia que interrumpió la prescripción, ésta se ha cumplido antes de la fecha del desistimiento. En este caso, el desistimiento ha tenido como consecuencia el que la prescripción se consumara, y el que no se pueda volver a intentar la demanda. El derecho mismo ha sido aniquilado, indirectamente, por el desistimiento de la instancia (art. 2247 del C. Civil). Lo mismo ocurre con el desistimiento de un recurso de apelación, cuando interviene después que ha transcurrido el plazo de la apelación. Siendo entonces inadmisible una nueva apelación (art. 444), el desistimiento de la instancia ante el tribunal del segundo grado tiene como efecto necesario el de hacer adquirir a la sentencia del juez del primer grado la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada: el desistente ha perdido, por vía de consecuencia, su derecho en cuanto al fondo.

Aceptación del desistimiento. El efecto necesario del desistimiento es reponer las cosas en el mismo estado en que se habrían encontrado si no hubiera habido instancia. Con el desistimiento quedan aniquilados tanto los actos provenientes del demandante como los provenientes del demandado. El demandante no debe, pues, ser dueño absoluto de borrar las actuaciones del proceso, en el momento en que se diera cuen-

ta de que sus pretensiones serán desestimadas. El demandado, que ha concurrido al desarrollo de la situación procesal, y que aspira a obtener una sentencia absolutoria, tiene un interés legítimo en la prosecución de la instancia; el demandante, en efecto, después de haber desistido, puede reiniciar el proceso. Sería injusto que el demandante mantuviera al demandado bajo la amenaza de un nuevo proceso, listo para incoarlo en el momento que juzgara más oportuno para obtener el triunfo de sus pretensiones.

De ahí que la ley requiera, en principio, que el desistimiento de instancia, para que produzca efectos, debe ser aceptado por la parte demandada (Casación, 20 de agosto de 1926, B. J. 193, p. 9), por lo menos a partir del momento en que la situación procesal ha alcanzado una cierta etapa.

Cuándo opera sin aceptación. El abandono de un acto aislado del procedimiento no necesita ser aceptado, salvo si ese acto confiere algún derecho al adversario (Casación, enero 1962, B. J. 618, p. 139).

Tampoco es necesaria la aceptación del desistimiento que interviene antes del momento en que la instancia está ligada entre las partes. La instancia está ligada, según algunos, a partir de la comparecencia de la parte demandada por medio de la constitucion de abogado, según otros, a partir del momento en que el demandado interponga una demanda reconvencional o presente conclusiones sobre el fondo (v. Casación: 25 de abril de 1936, B. J. 309, p. 183; 30 de enero de 1937, B. J. 318, p. 19; 29 de mayo de 1974, B. J. 762, p. 1388).

La exigencia de que el desistimiento sea aceptado, a partir del momento en que la instancia está ligada entre las partes, se justifica por la necesidad de proteger el interés legítimo que tiene el demandado en continuar la instancia. El proceso es, en efecto, el medio jurídico puesto a disposición de las partes para dirimir una contienda por medio de una sentencia emanada del órgano jurisdiccional; ambas partes son, puede decirse, cointeresadas en el normal desenlace del proceso, la sentencia. Pero esto no significa en ninguna forma que el demandado tenga derecho de resistir inoportunamente

a un desistimiento justificado, como por ej. el que le ofrece el demandante que se da cuenta de que ha incurrido en una nulidad de la citación. En este caso, y en otros análogos, el demandado no puede obstaculizar el abandono de la instancia por el desistente, puesto que esto conduciría, inevitablemente, a una decisión que invalidará el procedimiento de la instancia; en el intervalo que mediara entre la sentencia y la nueva demanda que podría incoar el demandante, el derecho de éste podría encontrarse aniquilado por la prescripción. Por estas razones se admite que, cuando el demandado no puede justificar un interés legítimo en no aceptarlo, el desistimiento de instancia produce sus efectos automáticamente, sin necesidad de aceptación por parte del demandado (Casación, noviembre, 1966, B. J. 672, p. 2167).

La no aceptación del desistimiento da motivo a un incidente, verdadero proceso accesorio, del que conoce el tribunal apoderado del proceso principal. En este caso, el tribunal decide el incidente por medio de una sentencia que declara válido el desistimiento, no obstante la resistencia del demandado. [154]

Procedimiento. De acuerdo con lo previsto en el art. 402 el desistimiento puede ser ofrecido y aceptado en todos los asuntos en los que es obligatorio el ministerio de abogados por simples actos bajo firma privada de las partes o de quienes las representen, notificados de abogado a abogado. Esta forma es puramente facultativa: la ley permite emplearla, pero no la impone. Por lo tanto el desistimiento puede ser válidamente ofrecido y aceptado en cualquiera otra forma, por acto de alguacil, por carta, etc. También puede ser ofrecido y aceptado en audiencia, especialmente en materia

(154) Conviene hacer referencia a la disposición del art. 38 de la L. 834 de 1978, según la cual la nulidad quedará cubierta mediante la regularización ulterior del acto, si no se ha producido ninguna caducidad y si la regularización no deja subsistir ningún agravio. Esta disposición viene a fortalecer lo expresado en relación con la necesidad para el demandado de justificar un interés legítimo en no aceptar el desistimiento de instancia, cuando se trata del caso en que se produzca la nulidad de un acto por vicio de forma. Evidentemente, si el demandado no puede justificar la subsistencia de un agravio, el desistimiento y la consiguiente regularización del acto viciado reafirma la tésis antes expuesta, sobre los efectos del desistimiento.

comercial y ante el j. de paz en que, si bien es obligatorio el ministerio de abogados, su simplicidad lo hace admisible.

Cuando el desistimiento es ofrecido en la forma indicada por el art. 402, el acto debe ser firmado por el desistente, en el original, en la copia, o por su mandatario especial. El abogado necesita, para ofrecer el desistimiento, estar provisto de un poder especial, puesto que su mandato no incluye sino los actos normales de la instancia, entre los cuales no se cuenta el desistimiento (Casación, agosto, 1957, B. J. 565, p. 1803–4).

En las materias en que no hay ministerio de abogado, la notificación del desistimiento puede ser hecha por acto de alguacil, o en cualquiera otra forma.

La ley no regula el procedimiento a seguir para ofrecer y aceptar el desistimiento en el procedimiento del recurso de casación; en esta materia, pues, el desistimiento se encuentra regido por el derecho común de los arts. 402 y 403 (Casación: 19 de abril, 1926, B. J. 189-190, p. 8;20 de agosto, 1926, B. J. 193, p. 9;23 de octubre, 1931, B. J. 255-257, p. 31).

Efectos. El desistimiento, aceptado o tenido por aceptado, tiene como primer efecto el de extinguir la instancia, haciendo que se tengan como no intervenidos todos los actos del procedimiento. De aquí resultan varias consecuencias. Aniquila retroactivamente los efectos producidos por la citación. La interrupción de la prescripción no habrá tenido lugar (art. 2247 del C. Civil), y ella continúa corriendo contra el desistente. Los intereses moratorios no han corrido. El demandado no ha sido puesto en mora. El art. 403, al establecer los efectos del desistimiento, dice que implicará de pleno derecho el consentimiento de que las cosas sean puestas, de una y otra parte, en el mismo estado en que se hallaban antes de la demanda". Pero esta fórmula no es enteramente exacta, puesto que el desistimiento de instancia puede, a veces, aniquilar indirectamente el derecho del demandante en cuanto al fondo: cuando interviene en un momento en que, si no hubiera habido demanda, la prescripción del derecho del demandante se hubiera consumado, el desistimiento tendrá como

consecuencia, al destruir la citación que interrumpió el curso de la prescripción, hacer que ésta se encuentre definitivamente adquirida; igualmente, el apelante quedará privado del derecho de renovar su apelación cuando haya desistido de su recurso después de transcurrido el plazo de la apelación. La fórmula del art. 403 significa, pues, que el desistimiento de instancia tiene por efecto reponer las cosas en el mismo estado en que se habrían encontrado si no se hubiera incoado el proceso.

En segundo lugar, el desistimiento tiene como efecto "la sumisión a pagar las costas, a cuyo pago se obligará a la parte que haya desistido en virtud de simple auto del presidente, extendido al pie de la tasación, presentes las partes o llamadas por acto de abogado a abogado" (art. 403). A falta de aceptación del desistimiento, el tribunal, apoderado del incidente, dicta sentencia por medio de la cual da al demandante acta de su desistimiento. Las costas de esta sentencia son a cargo del desistente, si el demandado tenía justos motivos para no aceptar el desistimiento; si, por el contrario, el demandado ha hecho necesario este procedimiento por su intempestiva resistencia a aceptar el desistimiento él debe soportar las costas, puesto que ha cometido una falta.

Retractación del desistimiento. Se admite que el desistimiento no despoja al desistente de su derecho de retractación, siempre que no se haya dictado sentencia dando acta del desistimiento. Puede el desistente retractarse del desistimiento y solicitar al tribunal que estatuya sobre el fondo (Casación, 17 de marzo de 1952, B. J. 500, p. 492).

SECCION III – AQUIESCENCIA

En qué consiste. La aquiescencia o asentimiento es, en general, el hecho de una parte que se somete a una pretensión de su contraparte, o que renuncia a un derecho frente a ella. El término aquiescencia se emplea más frecuentemente para designar la adhesión prestada a una sentencia.

El C. de Pr. Civil no contiene ninguna disposición ex-

presa sobre la aquiescencia. Son los principios generales que han llenado esta laguna.

Los arts. 408 y 410 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés contienen disposiciones relativas a la aquiescencia, que recogen los principios sustentados por la antigua legislación [155]

Formas. La aquiescencia no está sujeta a formas particulares. Puede ser unilateral o resultar de una convención; en este caso está sometida al derecho común de las convenciones. La aquiescencia puede ser judicial o extrajudicial.

Puede ser expresa o implícita (Casación, 15 de octubre de 1926, B. J. 195, p. 3).

Hay aquiescencia implícita por ej. cuando se notifica una sentencia sin reservas, o cuando se la ejecuta voluntariamente, renunciando así al derecho de impugnarla. Sin embargo, la ejecución, aun sin reservas, de una sentencia susceptible del recurso de casación, no implica necesariamente aquiescencia, porque este recurso no es en general suspensivo de la ejecución de la sentencia impugnada, y la parte se halla obligada a ejecutarla salvo que la Suprema C. de Justicia suspenda la ejecución, conforme a lo que dispone el art. 12 de la L. sobre Pr. de Casación [156] . La ejecución de la sentencia pre-

(155) v. Jean Vincent, *Procedure civile*, pág. 1004.

(156) De acuerdo con la jurisprudencia francesa, la aquiescencia puede ser expresa o tácita, pero deberá ser cierta, esto es, resultar de actos incompatibles con la voluntad de interponer apelación, o demostrar con evidencia la intención de la parte a la cual se opone, de aceptar la decisión intervenida (Civ. 2a. 26 de noviembre, 1975, Bull civ. II, p. 249. Se ha juzgado asimismo, que la notificación de una sentencia sin reservas, no comporta aquiescencia (Civ. 2a. 27 de febrero, 1980, Bull civ. II, p. 30. Así también, que la ejecución sin reservas de una sentencia no ejecutoria vale aquiescencia, sin que haya necesidad de investigar si la parte que la ha ejecutado tenía o no la intención de dar aquiescencia (Civ. 2a. 14 de octubre, 1981, Bull civ. II, p. 199. Que, por otra parte, el ofrecimiento de pago de una suma inferior al monto de la condenación no constituye aquiescencia, cuando este ofrecimiento no ha sido aceptado (Civ. 2a. 28 de mayo de 1979, Bull civ. II, p. 107. Que por el contrario, la ejecución por la parte condenada de una sentencia ejecutoria provisionalmente, no vale aquiescencia (París, 17 de diciembre de 1977, IR p. 385 obs. Julien. Que el hecho para un litigante, de ejecutar una sentencia previamente recurrida en casación, desprovista de efecto suspensivo no establece su voluntad de aceptar esta decisión, si al ejecutar, él se ha referido expresamente a su recurso (Civ. 1a. 5 de abril, 1978, D. 1978, IR p. 363), citadas por Dalloz, *Nouveau Code de Procedure Civile*, (petit codes), 1983, art. 410).

paratoria no implica aquiescencia, puesto que el recurso de apelación no es posible contra ella sino conjuntamente con la sentencia definitiva; en cambio, la ejecución de una sentencia interlocutoria conlleva aquiescencia, porque es susceptible de apelación (art. 451 y s., Casación, 26 de julio de 1945, B. J. 420, p. 581).

La aquiescencia, a diferencia del desistimiento, produce sus efectos sin necesidad de aceptación de la parte adversa.

La aquiescencia puede ser hecha bajo condición o con reservas. En este caso, se requiere la aceptación expresa o tácita de la parte adversa (Casación, 23 de diciembre de 1937, B. J. 329, p. 755, mayo 1962, B. J. 622, p. 763).

Momento en que puede intervenir. La aquiescencia puede darse por anticipacion. Así, se considera que la parte ha prestado aquiescencia anticipada a la sentencia dictada conforme a sus conclusiones (Casación, 28 de septiembre de 1934, B. J. 290, p. 23).

Pero la aquiescencia más frecuente es la que se presta a una sentencia después de pronunciada. Hay aquiescencia, como se ha visto, en la notificación sin reservas (157) y en la ejecución voluntaria de la sentencia. La parte que no quiera asentir a la sentencia debe hacer reservas expresas de su derecho a impugnarla, bien sea en los procedimientos de ejecucion que dirija contra su contraparte, bien sea al ejecutar forzosamente la sentencia cuando la ejecución sea perseguida contra ella a requerimiento de la parte contraria.

Materia en que es posible. La aquiescencia es posible en toda materia, salvo si implica violación a una norma de orden público. Así, es imposible la aquiescencia a la decisión de un tribunal que se ha declarado competente no obstante ser incompetente de un modo absoluto (Casación, 13 de agosto de 1938, B. J. 337, p. 439; mayo 1950, B. J. 478, p. 429 (158) ; a una sentencia dictada en contravención a un precepto de

(157) Véase no obstante, la jurisprudencia francesa anotada supra.

(158) V. lo dispuesto por los arts. 23 y 24 de la L. 834 de 1978 en relación con el carácter imperativo de la sentencia que estatuye sobre la competencia.

orden público sobre el estado personal, la familia, la adopción, etc.

Capacidad, poder. Cuando conlleve renunciación a un derecho, la aquiescencia requiere en la parte que la consiente la capacidad de disponer de este derecho. Así; el tutor no puede asentir en materia inmobiliaria sin el consentimiento del consejo de familia (art. 464 del C. Civil); el menor emancipado y la persona provista de un consultor judicial no pueden prestar aquiescencia sino en los límites de su capacidad, y, fuera de esos límites, con la asistencia de su curador o de su consultor judicial respectivamente (art. 482 y 513 del C. Civil).

Para prestar aquiescencia en nombre de otro se necesita estar provisto de un poder especial. Esto se aplica al abogado, pero el acto implicativo de aquiescencia se mantiene, salvo denegación.

Efectos. La aquiescencia a la demanda extingue la instancia (Casación, 22 de febrero de 1949, B. J. 463, p. 99). La aquiescencia a una decisión suprime las vías de recurso.

SECCION IV

PERENCION DE LA INSTANCIA (159)

Concepto. La perención es un modo de extinguirse la instancia y cuya finalidad es impedir que el proceso se prolongue indefinidamente a consecuencia de la inacción de las partes. Su origen viene del derecho romano (Código de Jus-

(159) El sistema consagrado en el Código de Pr. Civil ha sufrido profundas modificaciones en Francia en virtud de las disposicones de los arts. 386 a 392 del Nuevo Código. Las características de la perención en Francia podrían resumirse así: 1) El término fue reducido a dos años; 2) Corre contra toda persona física o moral, aún contra los incapaces, salvo su recurso contra los tutores o administradores; 3) puede ser propuesta por cualquiera de las partes por vía de excepción contra aquella que ha realizado un acto después de la expiración del plazo de dos años; 4) el plazo sigue corriendo al producirse una causa de suspensión de la instancia, salvo el caso de que ésta haya tenido lugar por un tiempo determinado o hasta la superveniencia de un acontecimiento determinado, en cuyo caso, comienza a correr un nuevo plazo a partir de la expiración del tiempo fijado o de la superveniencia del acontecimiento; 5) no puede ser suplida de oficio por el juez.

tiniano, III, 13 pr. y § 1), en que fue establecida como un remedio destinado a evitar "que los litigios se hagan casi interminables, y excedan la duración de la vida de los hombres".

Se ha tratado de explicar la perención de la instancia asimilando la descontinuación de los procedimientos a una manifestación implícita de voluntad del demandante de desistir de la instancia. Pero esta idea, aunque bastante exacta en un principio, conduciría, si se la aplicara con todo rigor, a consecuencias inaceptables. Es preferible, pero solamente a título de comparación, explicar la perención de instancia por las mismas razones que justifican la prescripción: la utilidad de ésta consiste en consolidar el resultado de una prolongada situación de hecho, y en evitar el perjuicio que experimentaría la persona que gozara pacíficamente de una tal situación. En el mismo caso se encuentran las partes de la instancia. Una y otra han podido creer que la inacción de su contraparte significaba un consentimiento a que el proceso feneciera a causa de su no impulsión por las partes (v. Casación, octubre de 1950, B. J. 483, p. 1070).

Dominio de aplicación. De acuerdo con los términos del art. 397, toda instancia, aunque no haya intervenido constitución de abogado, "se extinguirá por cesación de los procedimientos durante tres años". La perención afecta, pues, únicamente, a la instancia, no a los actos extrajudiciales, como por ej. a los procedimientos de embargo que no constituyen un proceso (embargo ejecutivo, etc.); pero, en cambio, se aplica a toda instancia en materia civil y comercial ante el j. de primera instancia, la c. de apelación y la Suprema C. de Justicia, en ésta con las modalidades que luego serán expuestas.

La perención no afecta al procedimiento arbitral, el cual se extingue a la expiración del plazo fijado en el compromiso, o, si no hay término fijado al cabo de tres meses.

La perención es susceptible de extinguir la instancia a partir del momento de la citación, que la inicia, y aun cuando la causa se halle en estado. La pronunciación de la sentencia, con que se termina la instancia, es el único obstáculo a la perención.

Por quién y contra quién puede invocarse. Solamente el demandado puede invocar la perención de la instancia. El demandante no puede invocarla; pero algunos autores opinan que, en ciertas condiciones el demandante que es demandado en un incidente promovido por el demandado puede oponer a éste la perención de esta instancia incidental.

La perencion puede ser invocada contra todo demandante incluso el Estado, los municipios, el Distrito Nacional, los establecimientos públicos, los menores (art. 397). Pero estos demandantes tienen un recurso contra sus órganos o contra sus representantes, cuando la perención ha ocurrido por negligencia de éstos.

Plazo. El plazo normal de la perención de instancia es de tres años, el cual comienza a computarse a partir de la fecha del último acto de procedimiento. Este plazo es aumentado en seis meses más dispone el art. 397, en los casos en que haya lugar a renovación de instancia o a constitución de nuevo abogado, esto es, cuando ha habido interrupción de la instancia (v. Casación, 31 de agosto de 1931, B. J. 253, p. 102). El aumento del plazo se justifica porque la interrupción de la instancia tiene como consecuencia necesaria el impedir al demandante o a sus herederos continuar el procedimiento. Esta disposición es facilmente aplicable en caso de cesación de las funciones del abogado de una de las partes. Por el contrario, presenta dificultades cuando la interrupción de la instancia proviene del hecho de la muerte de una de las partes. Para que se produzca la interrupción de la instancia es preciso que el fallecimiento sea notificado a la parte contraria. Ahora bien: la notificación de este fallecimiento podría tener como efecto interrumpir el curso de la perención. Es preciso, pues, que los herederos del demandado, cuando quieran oponer al demandante la perención de la instancia, le notifiquen el fallecimiento de su causante con la reserva de que lo hacen con el único fin de prevalerse de la perención, y que su acto no puede implicar renovación voluntaria de la instancia.

Suspensión, interrupción del plazo. El plazo de la perención es necesariamente suspendido en todos los casos en que la instancia es suspendida.

La interrupción del plazo resulta de todo acto válido del procedimiento, emando del demandante o del demandado (art. 399; Casación, 19 de junio, 1939, B. J. 347, p. 471); constitución de abogado, demanda de comunicación de documentos, requerimiento de fijación de audiencia (160). Cuando ocurre uno de estos actos comienza a correr un nuevo plazo de perención de instancia.

Cómo opera. El art. 399 dispone que la perención no opera de pleno derecho. Debe ser expresamente pedida por el demandado. Mientras no lo es, la perención puede quedar cubierta, como se ha visto, por todo acto que tenga por objeto continuar el procedimiento de la instancia (v. Casación, 22 de julio, 1983, B. J. 872, p. 1998). En los asuntos civiles ante el j. de primera instancia, en todos los asuntos ante la c. de apelación, la demanda en perención de la instancia es formada por acto de abogado a abogado, dispone el art. 400.

Cómo se cubre la perención. Por lo mismo de que no opera de pleno derecho, la perención es cubierta, después de expirado el plazo de tres años, por todo acto de procedimiento susceptible de interrumpirla (art. 399). Se requiere solamente que este acto sea regular en la forma, anterior a la demanda en perención, y que forme parte de la instancia (art. 400). Por lo tanto, la perención es cubierta: por un acto frustráneo; por un acto que no es notificado a la parte adversa, pero que ésta ha podido conocer, como por ej. una fijación de audiencia. Un acto proveniente del demandado puede cubrir la perención, lo mismo que el emanado del demandante. El demandado que proyecte pedir la perención debe, pues, abstenerse cuidadosamente de toda actuación que sea susceptible de cubrirla.

Efectos. La perención de la instancia produce dos efectos (art. 397 y 401): 1o., extingue la instancia; 2o., pone a cargo del demandante las costas de la instancia perimida.

Lo mismo que el desistimiento, la perención aniquila

(160) V. sin embargo, Casación, 13 de junio de 1979, B. J. 823, p. 1036. Se trata de una fijación de audiencia hecha por el tribunal, por sentencia. Las partes no comparecieron a la audiencia, y fue cancelada de oficio por el juez. La Suprema Corte consideró que la perención no fue interrumpida.

únicamente el procedimiento de la instancia, dejando subsistir el derecho de acción del demandante, quien podrá incoar una nueva demanda. Lo mismo que el desistimiento, sin embargo, la perención puede acarrear indirectamente la pérdida del derecho del demandante, cuando, a causa de haber sido eliminado el efecto interruptivo de la prescripción inherente a la demanda, la acción del demandante haya prescrito.

Los actos de la instancia perimida, a contar de la citación inclusive, se consideran como no intervenidos, "sin que se pueda en ningún caso oponer acto alguno del procedimiento extinguido ni apoyarse en él". En consecuencia de esto, las medidas de instrucción practicadas en la instancia perimida, como por ej. un experticio, una información testimonial, no pueden ser utilizadas en un proceso ulterior. Hay controversia, sin embargo, en cuanto a las confesiones y otros reconocimientos hechos por la parte demandada: algunos opinan que estos actos no son afectados por la perención; pero predomina la tesis contraria, en consideración de la finalidad que ha perseguido el legislador al instituir la perención, que es la de aniquilar todas las manifestaciones de la instancia perimida. En cambio, la perención deja subsistentes las sentencias definitivas dictadas sobre ciertos incidentes, como por ej. la sentencia por medio de la cual el tribunal ha decidido sobre una cuestión de competencia, puesto que hay cosa juzgada a ese respecto.

En segundo lugar, cuando la perención es pronunciada, "el demandante principal es condenado en todas las costas del procedimiento fenecido" (art. 401). Es una aplicación del derecho comun (art. 130): la perención es un hecho imputable al demandante; él sucumbe, pues, en este incidente de la instancia.

Pluralidad de partes. Cuando hay varios demandantes o varios demandados, es posible que la perención sea invocada solamente contra uno de los demandantes, o que la invoque solamente uno de los demandados. Lógicamente, por aplicación del principio general que considera la instancia como un haz de relaciones jurídicas con efectos solamente relativos,

entre las partes, la perención debería producir en este caso efectos únicamente contra el demandante a quien le fue opuesto, o en favor del demandado que la pidió. Este principio tiene aplicación en materia de desistimiento: en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, el desistimiento puede ser ofrecido por uno sólo de los demandantes, o dirigirse a uno y no a los otros demandados.

Prevalece, sin embargo, la opinión que considera la instancia como indivisible desde el punto de vista de la perención (Casación, 19 de junio de 1939, B. J. 347, p. 471), en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, la perención no puede ser pronunciada contra uno solo de los demandados; por otra parte, si el plazo de la perención ha transcurrido en provecho de todos los demandados, la demanda en perención incoada por uno de ellos beneficia a todos los demás. Se hace valer, en apoyo de este sistema, un argumento fundado en la finalidad de la perención de instancia, que es extinguir el proceso al cabo de un cierto período de inactividad de las partes; este propósito no sería obtenido si la instancia pudiera extinguirse respecto de algunas de las partes, subsistiendo sin embargo respecto de otras.

En causa de apelación. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 469, el efecto de la perención en la segunda instancia es "dar a la sentencia apelada la autoridad de la cosa juzgada". Esto es evidente por sí mismo en el caso de que, al momento de ser incoada la demanda en perención, ha transcurrido ya el plazo para apelar, fijado en los arts. 16 y 443 para las sentencias del j. de paz y del j. de primera instancia respectivamente, y cuyo punto de partida es, para las sentencias contradictorias, la notificación de las mismas a las partes condenadas, y, para las sentencias en defecto, la expiración del plazo de la oposición. Pero la norma del art. 469 significa también que la apelación no puede ser reiterada aun cuando, en el momento de producirse el incidente de la perención, ese recurso fuera todavía posible a causa de que la sentencia del juez *a quo* no hubiera sido notificada. Por lo tanto, la perención de la instancia en el segundo grado de la jurisdicción, extingue, no solamente el procedimiento de apelación,

sino también, consiguientemente, el mismo derecho de apelar.

En causa de oposición. La ley no ha determinado cuáles son los efectos de la perención ocurrida en el procedimiento de la oposición a una sentencia en defecto. Hay que tener presente que, según la opinión que prevalece, el recurso de oposición, por sí mismo, no aniquila el fallo en defecto. En cambio, el procedimiento del recurso de oposición es susceptible de perimir por causa de que las actuaciones sean descontinuadas durante el transcurso del período requerido para la perención. En este caso se decide, por analogía con lo dispuesto por el art. 469 para la instancia en apelación, que la perención consumada en el curso del procedimiento de la oposición tiene como consecuencias necesarias la de mantener en vigor la sentencia en defecto, y la de impedir un nuevo recurso de oposición, aun cuando éste fuera todavía posible a causa de no haber sido notificada la sentencia.

En caso de revisión civil. El recurso de revisión civil inicia una instancia nueva, que pasa por dos fases: lo *rescindente*, en que se examina el mérito del recurso y se retracta la sentencia impugnada, y lo *rescisorio*, en que se juzga el fondo (art. 501 y 502). Si la paralización del procedimiento ocurre antes de que la sentencia impugnada haya sido retractada por el fallo intervenido acerca de lo rescindente, la perención habrá alcanzado al demandante en revisión civil, y queda en su fuerza y vigor la sentencia objeto del recurso de revisión. Pero cuando la perención de instancia se consuma después del fallo sobre lo rescindente y antes de que intervenga fallo respecto de lo rescisorio, lo único que permanece vigente es ese fallo sobre lo rescindente, ya en ese momento, en efecto, no existe la sentencia atacada con la revisión civil, puesto que ha sido aniquilada como consecuencia del fallo sobre lo rescindente.

En caso de envío o de reenvío. Cuando la Suprema C. de Justicia casa un fallo envía el asunto ante un tribunal del mismo grado o categoría que aquel cuya sentencia fue casada; si interviene una segunda casacion el asunto es reenvia-

do en igual forma (art. 20 de la L. sobre Pr. de Casacion). Ante el tribunal de envío o ante el de reenvío puede producirse la perención de la instancia. Su efecto es análogo al de la perención en caso de revisión civil: las partes quedan en la misma situación en que se encontraban antes de intervenir ninguna sentencia, puesto que la sentencia impugnada con el recurso de casación fue anulada por la S.C. de J.; en este caso, pues, la perención aprovecha a la parte que recurrio en casación, y perjudica a la parte que obtuvo la sentencia casada.

Ante el juzgado de paz. De acuerdo con lo que dispone el art. 15 cuando el j. de paz hubiese ordenado un interlocutorio, "la causa se fallará definitivamente dentro de cuatro meses contados desde la fecha del interlocutorio"; pasado ese término, "la instancia quedará extinguida de derecho" (Casación, 8 de febrero de 1952, B. J. 499, p. 148; 4 de agosto, 1955, B. J. 541, p. 1630).

Esta perención, a diferencia de la que regulan los arts. 397 y s., no tiene que ser demandada, ni puede ser suspendida, ni tampoco podría ser cubierta, puesto que tiene lugar de pleno derecho. Se admite, sin embargo, que la disposición del art. 15 no es de orden público, y que las partes pueden, de común acuerdo, continuar el procedimiento aun después de transcurrido el plazo de cuatro meses, quedando en ese caso cubierta la perención.

La perención no se produce cuando el j. de paz ha dictado solamente una sentencia preparatoria. Tampoco se produce cuando, aun tratándose de una sentencia interlocutoria, no ha podido ser posible llevar a cabo la medida ordenada en el plazo de cuatro meses. (161)

Ante el T. de Tierras. La perención de la instancia es

(161) **Esta tesis es la que se desprende de una sentencia dictada por la Suprema C. de Justicia (octubre, 1972, B. J. 743, p. 2512) en la que se expresa que la disposición del art. 15 sólo ha quedado con una fuerza puramente conminatoria en todos los casos en que los jueces de paz no pueden solucionar los litigios dentro de los plazos determinados cuando el exceso de trabajo u otra causa atendible justifiquen esa dilatoria, y así se proclamen en los fallos de fondo de que se trate..." Conviene asimismo indicar que la disposición del art. 15 por su carácter especial sólo se aplica a los j. de paz cuando conocen de casos puramente civiles, no a los litigios en materia laboral, ya que en esos casos su competencia es más, excepcional aún (v. jurisprudencia citada).**

hasta cierto punto, un corolario del papel desempeñado por las partes en la iniciativa, la dirección y la impulsión del proceso. Es obvio por tanto, que ante esta jurisdicción los procedimientos no son susceptibles de extinguirse por la perención, puesto que su iniciativa está a cargo del Estado, y su direccion e impulsión, tanto en el saneamiento como en las litis sobre terrenos registrados, está a cargo del órgano jurisdiccional. (V. al respecto, Casación, junio, 1970, B. J. 715, p. 1155).

En el recurso de casación. En esta materia, la perención de la instancia se produce de pleno derecho; en consecuencia, no necesita ser pedida, ni puede ser cubierta. Además, debe ser pronunciada de Oficio por la Suprema C. de Justicia, en cualquier momento en que se compruebe que se ha cumplido (Casación, 25 de Sept. de 1945, B. J. 422, p. 759; 30 de agosto de 1948, B. J. 452, p. 1563). Es lo que resulta de lo dispuesto en el párrafo II, del art. 10 de la L. sobre Pr. de Casacion: "El recurso de casación perimirá de pleno derecho si transcurrieren tres años contados desde la fecha del auto que autorizó el emplazamiento, sin que el recurrente haya depositado en la Secretaría el original del emplazamiento, o si transcurriere igual plazo, contado desde la expiración del término de quince días, señalado en el artículo 8, sin que el recurrente pida el defecto o la exclusión contra el recurrido que diere lugar a ello, a menos que, en caso de haber varias partes recurrentes, o recurridas, una de dichas partes haya pedido el defecto o la exclusión contra las partes en falta".

SECCION V
PRESCRIPCION DE LA INSTANCIA

En qué consiste. La cuestión de saber si la instancia está sujeta a extinguirse por la prescripción ha dado motivo a controversias. Algunos autores han sostenido que la inactividad de las partes no puede dar lugar sino a la perención de la instancia. La prescripción sería una manera de extinción de la instancia. La prescripción sería una manera de extinción aplicable únicamente a los derechos sustantivos de las partes, no a las relaciones jurídicas implicadas en la instancia,

como etapa del proceso. Predomina, sin embargo, la opinión contraria. La instancia, al crear una serie de relaciones jurídicas entre las partes, verdaderos derechos subjetivos, es naturalmente susceptible de prescribir, por aplicación del principio general enunciado en el art. 2262 del C. Civil.

Diferencias con la perención. Estas dos instituciones se encuentran separadas por varias diferencias:

1a. La perención extingue únicamente el procedimiento de la instancia, de tal modo que, por ej. el acreedor demandante puede renovar su acción; por el contrario, la prescripción aniquila el derecho mismo del demandante, impidiéndole incoar una nueva demanda.

2a. El plazo de la perención es uniforme, de tres o de tres años y medio, aun cuando el ejercicio de la acción está sujeto a un término inferior al de la perención. El ejercicio de la acción la pone a salvo de la prescripción, excepto en el caso del art. 189 del C. de Comercio. El plazo al cabo del cual prescribe el ejercicio de la acción es en principio de veinte años (art. 2262 del C. Civil); pero tiene una duración menor en ciertos casos (v. los arts. 589, 373, 432, 433 del C. de Comercio.).

3a. La prescripción es suspendida en provecho de ciertas personas, los menores por ej. (art. 2252, 2253, 2256, 2258 del C. Civil), en tanto que la perención corre contra toda persona (art. 396).

4a. Se puede renunciar tanto a la perención como a la prescripción de la instancia. Sin embargo, la perención, aun después de cumplida, salvo en el recurso de casación, puede ser cubierta por un acto proveniente del demandado, y puede ser interrumpida por un acto emanado del demandante. En cambio, el demandado tiene un derecho adquirido a invocar la prescripción de la instancia una vez transcurrido el plazo requerido, no obstante cualquier acto emanado del demandante.

5a. Hay acciones imprescriptibles, como por ej. las relativas a la reclamación de estado (art. 328, del C. Civil). En cambio, toda instancia es susceptible de extinguirse por la perención, incluso la relativa a un derecho imprescriptible.

LIBRO VII

LA SENTENCIA *

TITULO I – PRINCIPIOS GENERALES

Noción de la sentencia. La sentencia es el acto jurisdiccional que pone fin al proceso o a una etapa del proceso. Después de haber verificado la verdad de los hechos invocados por las partes, el juez declara, para cada caso, cuál es la voluntad de la ley en relación con la causa planteada ante él con el ejercicio de la acción. En otros términos: la setencia es una aplicación concreta del derecho objetivo a los hechos de la causa. La declaración del juez puede revestir diversas formas: reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica, formular órdenes y prohibiciones. Encierra pues, no solamente una declaración, una opinión, como resultado de un razonamiento, sino que al mismo tiempo constituye un acto de voluntad, un mandamiento.

La sentencia está regida, en primer término, por normas de derecho público: es un acto emanado de la autoridad pública, contentivo de una decisión emitida en nombre del Estado, y que se impone, no solamente a las partes litigantes, sino tam-

(*) Dalloz. REPERTOIRE PRATIQUE, art. Jugement et arrets, PANDECTES FRANCAISES, art. Jugements et arrets; Rousseau y Laisney, DICTIONNAIRE DE PROCEDURE CIVILE, art. Jugements; Glasson, Precis de procedure civile, 2a. ed., I, 504, y s.; Glasson, Tissier y Morel, Traite, II 728 y s.; Morel, Traité elementaire de procedure civile, 2a. ed., 545 y s. Cremieu, Précis theorique et pratique de procedure civile, 322 y s. ,Laborde-Lacoste, Précis elementaire de procedure civile, 2a. ed. 567 y s. Boltard, Colmet Daag y Glasson, Lecons de procedure civile, 15a. ed. 240 y s.; Garsonnet y Cézar-Bru, Traité, III, 620 y s.; Japiot, Tratié elementaire de procedure civile et commercial, 2a. ed., 521 y s. Jean Vincent Procedure civile, 19na. ed., pag. 97 y s; 705 y s. H. Solus y R. Perrot, Droit Judiciaire privé, Tomo I, pag. 426 y s.; Jean Robert, L. arbitrage. Droit interne. Droit international privé, 2a. ed., pág. 3 y s.; 173 y s.; 292 y s. Dalloz, Encyclopedie juridique, 2a. ed. Procedure. vos. Jugements, Execution de jugements et des actes; Chose juge; Execution provisoire; Frais et depens; Artagnan Perez Mendez, Procedimiento Civil, Tomos I, 1985, pág. 233 y s.; Tomo II, 1987, pág. 437 y s.; Manuel Berges Chupani, Jurisprudencia dominicana, años 1967-1975; L. Almanzor González Canahuate, Recopilación jurisprudencial. integrada, 1973-1981.

bién a todos los otros órganos del poder público, especialmente a las autoridades que detentan la fuerza pública. De ahí que la sentencia sea pronunciada "En nombre la República" (art. 146). Por otra parte, la sentencia está regida por normas del derecho privado en cuanto constituye una decisión respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen en relación a las partes litigantes. Esos dos aspectos de la sentencia, el público y el privado, no pueden disociarse. Ambos concurren a caracterizar la sentencia: es preciso insistir en que no es meramente una opinión del juez acerca del proceso; es también el establecimiento o el restablecimiento de la situación jurídica que sea conforme al derecho objetivo.

Terminología. A la palabra *sentencia* se le atribuye, en primer lugar, un sentido lato, que abarca toda decisión o resolución de un tribunal respecto de un asunto que legalmente le está atribuído resolver. Con esta significación son llamadas sentencias: a ciertas comprobaciones que hace un tribunal, en las cuales por ej. da acta de una confesión o de un contrato judicial, a los actos de administración judicial, por medio de los cuales un tribunal comprueba, por ej., una adjudicación en subasta. Estas dos categorías de actos judiciales no son sentencias puesto que con ellos el tribunal no dirime un litigio o controversia entre partes, sino que cumple funciones de administración judicial, que deben ser distinguidas de las funciones jurisdiccionales.

En segundo término, considerada como acto jurisdiccional, la sentencia es la decisión emanada de un tribunal en el curso de la instancia o para poner fin a la instancia. El término sentencia es, pues, general; pero la ley emplea la palabra *auto* u *ordenanza* para designar la sentencia intervenida en los casos de referimiento, y la palabra *decisión* para designar la sentencia del Tribunal de Tierras.

Diversas clases. Las sentencias pueden ser clasificadas desde diferentes puntos de vista: *sentencias definitivas, sentencias previas (o de antes de hacer derecho), sentencias contradictorias; sentencias en defecto*[1] *sentencias ordinarias, sentencias de expediente; sentencias declaratorias, sentencias constitutivas, sentencias condenatorias, sentencias absolutorias; sentencias en primera instancia, sentencias en única instancia, sentencias en última instancia.*

TITULO II – CLASIFICACION DE LAS SENTENCIAS

CAPITULO I – SENTENCIAS DEFINITIVAS, PREVIAS

Sentencia definitiva. Es definitiva no solamente la sentencia que pone término a la constestación, sino también la que resuelve acerca de un incidente del procedimiento (v. Casación: 9 de marzo, 1934, B. J. 284, p. 3; 6 de abril, 1934, B. J. 285, p. 3; 11 de noviembre, 1953, B. J. 520, p. 2119; agosto, 1962, B. J. 625, p. 1259; agosto, 1973, B. J. 753, p. 2452). Con esta última clase de sentencia definitiva el juez queda finalmente desapoderado de la cuestión que se le sometió incidentalmente en el curso de la instancia, salvo la posibilidad de un recurso contra la sentencia. Así, por ej., cuando se promueve una excepción de nulidad, el tribunal la admite o la rechaza por medio de una sentencia, la cual es definitiva con respecto a ese incidente. Lo mismo ocurre con relación a las excepciones declinatorias, dilatorias, etc. Estas sentencias son definitivas con respecto a tales incidentes porque ponen fin a una instancia accesoria que ha venido a interponerse, con una digresión, en el curso de la instancia principal.

Con la sentencia definitiva no debe confundirse la sentencia *irrevocable,* esto es la que no es susceptible de ser impugnada por ninguna vía de recurso. Cuando el tribunal resuelve sobre el fondo o sobre un incidente, su sentencia es ciertamente definitiva, pero no forzosamente irrevocable, puesto que casi siempre puede ser impugnada mediante ciertas vías de recurso, ordinarias o extraordinarias: oposición si es en defecto; apelación si es contradictoria y en primera instancia, o si es en defecto y en primera instancia y ha transcurrido el

(1) En ciertos casos (v. supra, libro VI, Título IX), la sentencia es reputada contradictoria. En estos casos la vía de la oposición es cerrada.

plazo de la oposición; revisión civil o casación, en los casos determinados por la ley. En cambio, toda sentencia irrevocable es necesariamente definitiva.

Sentencia previa. Es la que un tribunal pronuncia, en el transcurso del proceso, antes de decidir sobre el fondo, y por medio de la cual ordena sea una medida de instrucción, sea una medida provisional. Ejemplos: la sentencia que prescribe una información testimonial; la que pone en secuestro la cosa objeto del litigio. En estas sentencias el tribunal no dice, establece o declara el derecho de las partes, sino que pone la causa en condiciones de recibir fallo definitivo. En otros términos: la sentencia previa encamina el proceso hacia la solución final, la sentencia definitiva. La sentencia previa es llamada también, por esa razón, sentencia de antes de decir, o de hacer, o de establecer derecho.

Las sentencias previas son de dos especies: de *instrucción* y *provisionales*.

Sentencia de instrucción. Esta primera especie de sentencias previas comprende dos grupos: las sentencias *preparatorias* y las sentencias *interlocutorias*. El art. 452 contrapone ambas categorías diciendo: que es preparatoria la sentencia "dictada para la sustanciación de la causa, y para ponerla en estado de recibir fallo definitivo" (Casación, 18 de abril de 1951, B. J. 489, p. 396; mayo, 1963, B. J. 634, p. 501; octubre, 1966, B. J. 634, p. 671; diciembre, 1974, B. J. 769, p. 315, septiembre, 1976, B. J. 769, p. 315; agosto, 1979, B. J. 825, p. 1553), y que es interlocutoria "aquella que un tribunal pronuncia en el discurso de un pleito, antes de establecer derecho, ordenando prueba, verificación o trámite de sustanciación que prejuzgue el fondo" (v. Casación, 30 de octubre, 1951, B. J. 495, p. 1382, marzo, 1968, B. J. 688, p. 605; junio, 1975, B. J. 775, p. 1152).

La distinción entre sentencias preparatorias y sentencias interlocutorias es particularmente importante desde estos puntos de vista.

1o. El ejercicio de ciertas vías de recurso, apelación, re-

visión civil, casación, es posible contra las sentencias interlocutorias, aun antes de que intervenga sentencia definitiva, pero no contra las sentencias preparatorias; éstas no pueden ser impugnadas separadamente, sino al mismo tiempo que sea atacada la sentencia sobre el fondo (art. 451 y 480 del C. de Pr. Civil, 5 de la L. sobre pr. de casación; Casación, diciembre, 1963, B. J. 641, p. 1473; agosto, 1976, B. J. 789, p. 1274; marzo, 1981, B. J. 844, p. 541; mayo, 1985, B. J. 894, p. 1089).

2o. La ejecución voluntaria de las sentencias interlocutorias vale aquiescencia, y hace por consiguiente irrecibibles las mencionadas vías de recurso (Casación, 26 de julio de 1945, B. J. 420, p. 581).

3o. Los medios de derecho que podían ser invocados contra la sentencia interlocutoria que ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada no pueden ser invocados contra la sentencia definitiva dictada como consecuencia de aquélla.

Estas diferencias se explican por el carácter primordial de la sentencia interlocutoria, que es el *prejuzgar el fondo*, en perjuicio de la parte contra quien ha sido pronunciada. Nada más natural, en consecuencia, que esta parte pueda impugnar una tal decisión, y que pierda la facultad de hacerlo y de argumentar contra los medios de derecho en que se funda esa sentencia, cuando, al ejecutarla, le ha prestado aquiescencia implícita.

Cómo distinguirlas. En muchos casos resulta fácil el apreciar si una sentencia es preparatoria o interlocutoria. Así, es evidentemente preparatoria, por ej., la sentencia que ordena una comunicación de documentos (Casación, 20 de agosto de 1920, B. J. 121, p. 7; diciembre, 1974, B. J. 769, p. 3156, precitada), puesto que en nada prejuzga el fondo, esto es, no deja entrever en favor de cuál de las partes se decidirá el tribunal. Por el contrario, cuando la parte demandante, por ej., ha articulado ciertos hechos en apoyo de su demanda en reparación de perjuicios irrogados por la parte demandada, y el tribunal ordena la prueba de esos hechos, su sentencia es ciertamente interlocutoria, puesto que el tribunal da a entender

que, si los hechos son probados, acogerá la demanda (v. Casación, marzo 1958, B. J. 572, p. 587; 12 de junio de 1957, B. J. 563, p. 1153).

En todo caso, el criterio objetivo para determinar si una sentencia es interlocutoria o preparatoria consiste, de acuerdo con lo que dispone el art. 452, en establecer, en cada ocasión, si prejuzga o no prejuzga el fondo del proceso (Casación: 20 de agosto de 1920, B. J. 121, p. 7; 5 de julio de 1922, B. J. 141-143, p. 36; 21 de agosto de 1922,B. J. 144-146, p. 28; 18 de diciembre de 1922, B. J. 147-149, p. 69; 21 de diciembre de 1928, B. J. 221, p. 13; 6 de diciembre de 1929, B. J. 233, p. 3; 22 de diciembre de 1934, B. J. 293, p. 39; 25 de agosto de 1939, B. J. 349, p. 638; 28 de noviembre de 1939, B. J. 352, p. 828; 13 de agosto de 1940, B. J. 361, p. 451; 25 de febrero de 1941, B. J. 367, p. 77; 29 de marzo de 1941, B. J. 368 p. 143; 26 de mayo de 1941, B. J. 370, p. 639; 27 de enero de 1943, B. J., p. 19; 21 de diciembre de 1943, B. J. 401, p. 1145; 26 de agosto de 1946, B. J. 433, p. 565; 1o. de diciembre de 1953, B. J. 521,p. 2289, y las sentencias precitadas.

Queda por resolver, no obstante, la cuestión de saber cuando la sentencia de instrucción prejuzga y cuando no prejuzga el fondo. Se ha propuesto[2] tomar como base el carácter de los hechos cuya prueba ha ordenado el tribunal: si son exclusivamente favorables al éxito de una de las partes, la sentencia es interlocutoria; si, por el contrario, la prueba de esos hechos puede ser favorable a una o a otra de las partes, la sentencia es meramente preparatoria. Conforme a otro sistema[3], hay sentencia interlocutoria cuando el tribunal, al prescribir una medida de instrucción, ha desechado implícitamente una defensa, una excepción o un medio de inadmisibilidad (v. Casación, 26 de julio de 1945, B. J. 420, p. 581). Sería meramente preparatoria, conforme a este criterio, por ej. la sentencia que, frente a la articulación de los hechos propuestos a prueba por el demandante, y negados por el deman-

(2) Japiot, Traité elementaire de procedure civile, 2a. ed., 538.

(3) Glasson, Tissier y Morel, Traité, III, 733.

dado, el tribunal prescribiera una información testimonial porque el propósito del juez en este caso es simplemente el de poner en claro la situación, en presencia de las manifestaciones contrarias de las partes; en cambio, se caracterizaría como interlocutoria la sentencia que ordenara una información testimonial cuando el demandado sostuviera que los hechos alegados por el demandante no pueden ser probados por testigos, o no son pertinentes.

En caso de duda acerca del carácter de una sentencia de instrucción, es preferible considerarla como interlocutoria.

Efectos del interlocutorio. El tribunal no puede, si ha declarado admisible un determinado medio de prueba, volver luego sobre su propia decisión. Así, cuando ha prescrito una información testimonial, el tribunal no puede, al decidir sobre el fondo, rechazar la demanda fundándose en que la prueba testimonial es irrecibible. Esta actitud implicaría una contradicción lógica del juez consigo mismo.

Otro efecto del interlocutorio es que el juez no podría estatuír sobre el fondo antes de que se haya verificado la medida de instrucción prescrita (Casación, agosto, 1963, B. J. 637, p. 899), a menos que las partes renuncien expresa o implícitamente a ella, o que la ejecución del interlocutorio haya venido a resultar imposible, como por ej. si han muerto las personas que iban a ser citadas como testigos.

En cambio, el resultado del interlocutorio no produce influencia alguna respecto de la decisión a intervenir sobre el fondo. Esto se expresa generalmente diciendo que "lo interlocutorio no liga al juez"; pero tal fórmula excede el significado de la regla que con ella quiere enunciarse, puesto que, como se ha expuesto, el juez se halla ligado, en un cierto sentido, por el interlocutorio en sí mismo, aunque no por su resultado. De esto resulta que, aun cuando fueran establecidos los hechos mandados a probar, el juez puede, fundándose en otros elementos de convicción, decidirse en sentido contrario a como lo había dado a entender en la sentencia interlocutoria. Esta sentencia, en efecto, en razón de su carácter propio no decide nada, sino que meramente deja adivinar el sentido

probable de una decisión futura, la cual puede quedar frustrada a consecuencia del poder de apreciación que tiene el juez sobre la fuerza probatoria de los hechos comprobados mediante el interlocutorio (Casación junio de 1953, B. J. 515, p. 954 marzo, 1962, B. J. 620, p. 460).

Sentencias provisionales. Son, como se ha expuesto, las que deciden sobre demandas provisionales, esto es que tienden a obtener que el tribunal prescriba de modo inmediato una medida de carácter urgente, necesaria para proteger el interés de una de las partes o para evitarle perjuicios irreparables. Ejemplos: el secuestro del objeto litigioso, varias veces citado; la pensión alimenticia que puede ser otorgada a la esposa demandante o demandada en el procedimiento de divorcio.

Las sentencias provisionales, igual que las interlocutorias, son inmediatamente apelables.

Efectos de las preparatorias y provisionales. Si, como se ha expuesto, las sentencias interlocutorias no tienen autoridad de cosa juzgada, aunque signifiquen un prejuicio respecto del fondo del proceso, con mayor razón no la tienen las sentencias preparatorias, que nada significan en lo concerniente a la actitud del tribunal.

Tampoco tienen autoridad de cosa juzgada las sentencias provisionales puesto que el tribunal puede modificar o revocar luego la medida que ha ordenado, si sobreviene un cambio en el estado de las cosas que había tomado en consideración al pronunciarlas (Casación, 28 de enero de 1949, B. J. 462, p. 33).

Sentencias de carácter mixto. Una misma sentencia puede contener, a la vez: disposiciones de carácter interlocutorio y disposiciones de carácter definitivo; disposiciones de carácter preparatorio y disposiciones de carácter interlocutorio (Casación, 7 de enero de 1925, B. J. 174-175, p. 14; 6 de diciembre de 1929, B. J. 233, p. 10); disposiciones de carácter preparatorio y disposiciones de carácter definitivo (Casa-

ción, 7 de noviembre de 1927, B. J. 208-209, p. 3).

Estas sentencias son insusceptibles de recursos sobre los puntos interlocutorios o definitivos.

CAPITULO II – SENTENCIAS CONTRADICTORIAS SENTENCIAS EN DEFECTO

La sentencia contradictoria. Es contradictoria la sentencia intervenida en un procediminto en que el demandado ha comparecido, y en que tanto él como el demandante han presentado conclusiones.

Papel del tribunal en caso de defecto. Cuando se produce el defecto, el tribunal procede a dos actuaciones: 1a., pronunciar el defecto; 2a., juzgar en defecto.

Pronunciar el defecto es comprobar la incomparecencia del demandado, o la falta de conclusiones de éste o del demandante (art. 149).

Juzgar en defecto es estatuír acerca de la contestación en ausencia del demandado (sentencia en defecto por falta de comparecer), o en ausencia de conclusiones de él o del demandante (sentencia en defecto por falta de concluír). El simple hecho del defecto no debe conducir necesariamente al juez a dar ganancia de causa al que ha comparecido y concluído. Una demanda, en efecto, aunque no sea combatida, puede contener una pretensión injusta; puede ser que el demandante que no concurra a sostener su demanda tenga de su parte la razón. Especialmente, tratándose del defecto del demandado, la ley no autoriza a acoger las conclusiones del demandante sino cuando sean justas y reposen sobre prueba legal, y aun permite al juez que ordene el depósito de los documentos, a fin de pronunciar el fallo en una próxima audiencia (art. 150 y 434 mod. por la L. 845 del 1978). El juez no puede, por lo tanto, acoger una demanda evidentemente injusta, infundada o contraria a la ley: él debe, de oficio, suplir, en provecho de la parte que incurre en el defecto, los medios de orden público, como por ej., la excepción de incompetencia por razón de la materia; también debe el juez verificar los he-

chos invocados en apoyo de una demanda no susceptible de aquiescencia. Asimismo, el juez debe requerir la prueba de aquellos hechos alegados por la parte que comparece y concluye y que no le parezcan suficientemente justificados.

Como ejemplos de ese deber de vigilancia del juez en favor de la parte que no se defiende, pueden citarse el art. 123, que permite otorgar un plazo de gracia al demandado que incurre en el defecto, y el antiguo art. 257, actualmente derogado por la ley 834 de 1978, que autorizaba a prescribir una información testimonial en las mismas circunstancias. Aunque la señalada disposición no fue adoptada por la ley 834, se reconoce al juez la facultad de ordenar de oficio el informativo (art. 93 parrafo, de la citada ley).

Este deber, sin embargo, tiene límites racionales: el juez no puede convertirse en defensor del litigante que incurre en el defecto, sino en la medida en que el orden público lo exige; los medios de puro interés privado no pueden ser en ningún caso suplidos por el juez.

Reglas comunes. En cuando a su adopción, su redacción y su pronunciación, las sentencias en defecto están sujetas a las mismas reglas que las sentencias contradictorias.

No obstante lo expresado, hay reglas especiales para la notificación y la ejecución de las sentencias en defecto.

De acuerdo con el sistema anterior a las modificaciones introducidas por la L. 845 de 1978, existían reglas especiales para la ejecución y notificación de las sentencias en defecto que establecían distinciones entre las sentencias en defecto por falta de comparecer y las sentencias en defecto por falta de concluír.

Notificación. De acuerdo con el antiguo art. 156 y el art. 435, no modificado, la notificación de la sentencia en defecto por falta de concluír era preparada por el alguacil que escogía la parte interesada. En cambio, tratándose de sentencias en defecto por falta de comparecer, emanadas del j. de primera instancia o de la c. de apelación, estas disposiciones legales exigían a pena de nulidad, que la notificación fuera hecha por un alguacil comisionado por el tribunal. Actualmente, después de las modificaciones introducidas al art. 156 por la L. 845 de 1978, todas las sentencias en defecto, lo mismo que las sentencias reputadas contradictorias, serán notificadas por un alguacil comisionado sea en la sentencia, sea por auto del presidente del tribunal que la dictó.

El motivo de esta disposición es el temor de que el incompareciente no haya recibido la citación para comparecer a juicio; se exige en este caso el ministerio de un alguacil que, por el hecho de ser escogido por el tribunal, pondrá todo su empeño en notificar la sentencia en tal forma que su actuación llegue a conocimiento de la parte condenada.

Además, la notificación de la sentencia en defecto pronunciada por el j. de primera instancia en materia comercial debe contener elección de domicilio en el lugar en que se verifique, si el demandante no reside allí.

En el procedimiento ante el j. de paz en que, según se ha expuesto, la ley no distingue entre el defecto por incomparecencia y el defecto por falta de concluir, la sentencia debe ser notificada en todos los casos por alguacil comisionado.

Cuándo pueden ser ejecutadas. El antiguo art. 155 disponía que las sentencias en defecto no podían ser ejecutadas antes del vencimiento de la octava de la notificación al abogado, cuando se tratara de sentencia en defecto por incomparecencia. En cambio, la sentencia contradictoria no podía ser ejecutada dentro de la octava de su pronunciación (art. 450 actualmente derogado). Respecto de ambas clases de sentencias había pues un plazo de octava durante el cual la ejecución estaba prohibida: para las contradictorias tenía como punto de partida la pronunciación; para las en defecto el punto de partida era la notificación. Los actos conservatorios eran permitidos durante ese plazo de octava.

Cuando existía urgencia, el antiguo art. 155 autorizaba al j. de primera instancia a ordenar la ejecución de la sentencia en defecto antes de vencerse el mencionado plazo de octava si se estaba en uno de los casos en que el art. 135 autorizaba que se ordenara la ejecución provisional, de una sentencia contradictoria no obstante apelación. Esta autorización era

para el juez una simple facultad, no una obligación. El permiso para esta ejecución no implicaba el derecho de continuar la ejecución si sobrevenía un recurso de oposición; éste paralizaba automáticamente la ejecución, dado su efecto suspensivo. Para poder continuar la ejecución de la sentencia en defecto apesar de que hubiera sobrevenido la oposición, era preciso obtener un permiso distinto, previsto asimismo por el antiguo art. 155 el de ejecutar provisionalmente no obstante oposición, si había peligro en la demora.

La parte que obtenía solamente la primera autorización podía comenzar la ejecución dentro de la octava de la notificación, pero no podía continuarla si sobrevenía una oposición; la parte que obtenía solamente la segunda podía ejecutar no obstante oposición, pero no podía comenzar a ejecutar dentro de la octava de la notificación. Si la parte obtenía ambas autorizaciones, no solamente podía comenzar a ejecutar inmediatamente después de notificar la sentencia, sino que podía demás, consumar la ejecución aunque la parte condenada hubiera interpuesto recurso de oposición.

El art. 155 en su actual redacción derogó este complicado sistema estableciendo el principio, aplicable a todas las sentencias en defecto, sean o no reputadas contradictorias, en virtud del cual éstas no podrán ser ejecutadas antes del vencimiento del plazo de la oposición o de la apelación, salvo el caso de ejecución provisional o ésta fuere de derecho.

En materia comercial las sentencias en defecto pueden ser ejecutadas, según dispone el art. 435 "un día después de su ejecución".

Respecto de las sentencias en defecto del j. de paz, se admitía, antes de las modificaciones citadas, la imposibilidad, de ejecutarlas durante el plazo de la oposición. En la actualidad, a pesar de que el art. 20 mod. por la L. 845 no aplica expresamente la disposición del art. 155, puede admitirse que siendo las reglas citadas de aplicación general, las sentencias de los j. de paz no pueden ser ejecutadas durante el plazo de la oposición que actualmente, cuando es admitido, es de quince dias, a partir de la notificación por alguacil comisionado.

Esta regla no es aplicable en caso de que se ordene la ejecución provisional o ésta sea de derecho.

Notificación en los seis meses. Como ya se expresó, el art. 156 mod. por la L. 845 establece que las sentencias en defecto o reputadas contradictorias por aplicación de la ley, deberán ser notificadas por un alguacil comisionado dentro de los seis meses de su pronunciamiento, a falta de lo cual la sentencia se reputará como no pronunciada. Esta notificación deberá a pena de nulidad hacer mención del plazo fijado para la oposición (art. 157) o del fijado para la apelación (art. 443) según sea el caso[4].

La indicada disposición establece una breve prescripción derogatoria del derecho común (art. 2262 del C. Civil).

Con esta breve prescripción se evita que el demandado, en la posible ignorancia de la demanda y del proceso, pueda ser sorprendido, después de varios años de inacción del demandante, con la ejecución de la sentencia obtenida contra él, en un momento en que tal vez haya perdido o destruído sus pruebas.

Como toda prescripción, la establecida en el art. 156 opera de pleno derecho. No tiene que ser pedida, como ocurre con la perención de la instancia. Al vencimiento del plazo de seis meses prescribe el derecho de ejecutar la sentencia y ésta viene a ser inexistente. Esta prescripción es un beneficio instituído en interés del incompareciente; él puede, pues, renunciar a ella, expresa o implícitamente, por ej. ejecutando la sentencia.

La prescripción establecida por el art. 156 afecta únicamente a la sentencia en defecto; no alcanza a los actos anteriores a ella, los cuales subsisten con todas sus consecuencias. Por lo tanto, el demandante puede acudir nuevamente al tribunal y obtener una nueva sentencia.

La regla del art. 156 es aplicable en materia comercial, según lo dispone el art. 643 del C. de Comercio. Es aplicable

(4) Respeecto de la aplicación de esta mención, v. Casación: 1o. de febrero, 1984, B. J. 879, p. 243; 20 de julio, 1984, B. J. 884, p. 1830.

asimismo al procedimiento ante el j. de paz por disposición expresa del art. 20 en su actual redacción.

Antes de la puesta en vigor de la L. 845, las sentencias en defecto, por incomparecencia debían ser ejecutadas dentro de los seis meses de su pronunciación. Esta prescripción de seis meses era ajena a las sentencias que, aún siendo en defecto por incomparecencia, no eran susceptibles de oposición, como por ej. la que era pronunciada, en caso de pluralidad de demandados, contra el demandado que persistía en no comparecer después de haberse acumulado el defecto en beneficio de la causa conforme lo disponía al art. 153 en su antigua redacción; estas sentencias eran en efecto, ficticiamente contradictorias.

Cómo se interrumpe.. De acuerdo con el antiguo sistema, bastaba que el demandante ejecutara la sentencia en una forma cualquiera.

No era necesario que esta ejecución renuniera los caracteres de la requerida en el art. 159 ya derogado, para que el demandado perdiera el derecho de formar oposición a la sentencia en defecto por falta de comparecer (venta de muebles embargados, notificación del embargo del inmueble, etc.). Era suficiente pues, un acto cualquiera que implicara el propósito de ejecutar la sentencia, aunque la ejecución no fuera completa ni conocida por el demandado. Se consideraba pues como actos de ejecución para los fines de interrumpir la prescripción del derecho de ejecutar la sentencia en defecto, un procedimiento de embargo retentivo; la notificación al incompareciente del auto del juez comisario que fija la apertura de la información testimonial, un acta de carencia, en que el alguacil hiciera constar que trató de practicar un embargo ejecutivo contra el deudor, y que no encontró bienes susceptibles de ser embargados. En cambio la prescripción no era interrumpida por actos simplemente preparatorios de la ejecución, como por ej. la notificación de la sentencia o de un mandamiento de pago, ni por actos puramente conservatorios.

En la actualidad, este procedimiento complicado y muchas veces perjudicial para el demandante desapareció con las modificaciones al art. 156. En muchas ocasiones, en efecto, sus disposiciones daban lugar a confusiones e interpretaciones respecto del carácter del acto con que se pretendía suspender la ejecución.

En virtud de las nuevas disposiciones contenidas en el citado art. 156, basta con la notificación de la sentencia en defecto o reputada contradictoria dentro del plazo de los seis meses a partir de su pronunicamiento, en cuyo defecto, se considerará ésta como no pronunciada, esto es, cumplida la prescripción.

CAPITULO III – SENTENCIAS ORDINARIAS SENTENCIAS DE EXPEDIENTE

La sentencia ordinaria. Es la sentencia propiamente dicha, esto es la que interviene a título de decisión del juez respecto de una diferencia real de intereses entre las partes.

Sentencia de expediente. Se designa como sentencia de *expediente* o sentencia *convenida*, la que es pronunciada respecto de un proceso entre partes que han estado desde el principio o que han llegado a ponerse de acuerdo acerca de la cuestión sometida al tribunal. Esto puede presentarse en dos hipótesis.

En primer lugar, puede ocurrir que dos personas simulen una contestación que, en realidad, encubra un acuerdo que han pactado, y luego, mediante una acción en justicia incoada por una de ellas contra la otra, concurran ante el tribunal, concluyan en consonancia con lo convenido, y obtengan así una sentencia que consagre ese acuerdo previo. Ha habido en este caso un proceso *simulado;* como toda simulación, el proceso simulado es lícito siempre que no tenga por objeto contravenir a una norma legal de orden público, como por ej., a una de las que se refieren al estado y la capacidad, a los regímenes matrimoniales, y, en general, a las que regulan las

materias respecto de las cuales las partes no pueden celebrar convenciones (art. 6 del C. Civil).

En segundo lugar, puede ocurrir que un litigio haya existido efectivamente entre las partes, y que, después de haberlo sometido al tribunal, ellas convengan en una transacción o en un desistimiento, o que una de las partes preste aquiescencia a las pretensiones de la otra, y luego concluyan en tal forma que la sentencia venga realmente a consagrar el acuerdo de las partes. En este caso hay simulación sobrevenida en el curso del proceso, y es lícita si intervienen en las mismas condiciones que la simulación que tiene por objeto incoar un proceso.

Carácter.[5] De acuerdo con una primera opinión, la sentencia de expediente no debe ser considerada como verdadera sentencia, sino como un acto no jurisdiccional, o de administración judicial, mediante el que los jueces comprueban que las partes han celebrado una convención, y levantan acta de su convenio. Esta sentencia no sería otra cosa que un *contrato judicial*. En este sistema, la sentencia de expediente podría ser impugnada mediante acción principal en nulidad, igual que cualquier otro contrato; ella no produciría hipoteca judicial, excepto si se trata de una sentencia intervenida respecto de una demanda en reconocimiento de escritura, a causa de las previsiones de los art. 193 y s.

Se ha pretendido, en otra opinión, que para determinar el carácter de la sentencia de expediente hay que tomar en cuenta la fórmula empleada por el tribunal: si éste se ha limitado a levantar acta del acuerdo de las partes, sin pronunciar ninguna decisión acerca del litigio, hay simplemente contrato judicial y no sentencia; si, por el contrario, el tribunal no se limita a comprobar el acuerdo de las partes, sino que, además, dicta una decisión sobre el proceso, esta decisión constituye una sentencia propiamente dicha, y no la comprobación de un contrato judicial. En este caso, el tribunal se ha apropiado la convención de las partes, y la ha hecho figurar en el dispositivo de su sentencia. La convención ha sido absorbida por la

(5) Glasson, Tissier, y Morel, Traité, III, 785 y s.

sentencia. Esta distinción, sin embargo, no ha prevalecido: en todos los casos, y sea cual sea la fórmula empleada por el juez frente a las conclusiones concordantes de las partes, la sentencia de expediente es considerada como una verdadera sentencia contenciosa, que produce la hipoteca judicial, y que no es susceptible de ser impugnada por acción principal en nulidad, sino únicamente por el ejercicio de las correspondientes vías de recurso, ordinarias o extraordinarias.

Ventajas. Desde varios puntos de vista, las partes pueden tener interés en hacer incorporar su convención, intervenida antes o en el curso del proceso, en una sentencia de expediente. 1o. Cuando la convención es relativa al pago de cantidades de dinero y es otorgada ante notario, ella constituye un título ejecutorio, equiparable a la sentencia, en cuya virtud el acreedor puede embargar los bienes del deudor (art. 545 ref.) Esa convención está sujeta, sin embargo, a ser impugnada mediante acción en nulidad durante cinco años (art. 1304 ref. del C. Civil), en tanto, que por el contrario, la sentencia es impugnable únicamente por el ejercicio de las vías de recurso, ordinarias o extraordinarias, dentro de plazos generalmente muy breves. 2o. La sentencia de expediente procura al acreedor el beneficio de la hipoteca judicial, que grava todos los inmuebles del deudor (art. 2123 del C. Civil); en cambio, la hipoteca convencionalmente otorgada tiene un carácter especial (art. 2129 del C. Civil).

Objeciones. Se ha criticado la práctica de la sentencia de expediente, en razón de que transforma al juez, cuya función es esencialmente jurisdiccional, en notario público, funcionario encargado por la ley de dar forma auténtica a las convenciones de las partes. Las críticas son casi infundadas para el caso de que las partes lleguen a un acuerdo en el curso de un proceso verdadero; nada más natural, en efecto, que lo sometan inmediatamente al juez para que lo incorpore en una sentencia. Esto es más rápido y sencillo, y menos costoso, que formalizar su acuerdo de otro modo. Tal situación se parece a otras muchas situaciones que pueden presentarse en el curso

del proceso, como por ej., la reducción de la demanda por el demandante, la de reconocimiento parcial por el demandado del derecho del demandante; también en estos casos el fallo se apropia un acuerdo de las partes. Las objeciones parecen más certeras para el caso de que no exista litigio alguno entre las partes, y éstas lo simulen con el mero objeto de que el tribunal levante acta de su acuerdo. Este proceder tiende abiertamente a conferir al juez atribuciones enteramente ajenas a su cometido, sin la atenuante de que al comienzo existía un verdadero proceso; aquí, la simulación es total. Se ha sostenido que, en esta hipótesis, el tribunal debe negarse a estatuír; pero esta opinión no ha prevalecido. En este caso, como en el anterior, el tribunal debe pronunciar sentencia, en respuesta a las conclusiones concordantes de las partes.

CAPITULO IV – SENTENCIAS DECLARATIVAS, CONSTITUTIVAS, CONDENATORIAS, ABSOLUTORIAS

Sentencia meramente declarativa[6]. Es la que se contrae a comprobar la existencia de un derecho o de una situación jurídica. Tal es el carácter que tienen las sentencias intervenidas en los casos de demandas tendientes al simple reconocimiento de un derecho: reconocimiento de escritura, nuevo título del crédito después de transcurridos 18 años, reconocimiento de servidumbre, declaración de hipoteca, nulidad de la condición de un legado. Caso el más destacado de sentencia meramente declarativa es la que dicta el T. de T. como resultado de proceso de saneamiento inmobiliario: el tribunal se limita a comprobar quiénes son los titulares de los diversos derechos reales que afectan a los inmuebles objeto del saneamiento y de los otros derechos registrables, y ordena el registro de esos derechos en favor de sus titulares respectivos.

(6) Chiovenda, Instituciones de derecho procesal civil, I, 61 y s. Rocco, Derecho Procesal Civil, 302 y s.; Kisch, Derecho procesal civil, 38; Glasson y Tissier, Tratié, I, 177; Hugo Alsina, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, II, 551 y s.; E. J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, 139 y s.; Bouchard, Declaratory judgements, especialmente 224 y s., en relación con el problema en derecho francés.

La posibilidad de una acción tendiente a obtener una sentencia meramente declarativa, fuera de los casos expresamente consagrados por la ley, ha sido persistentemente negada por la mayor parte de la doctrina, hasta época reciente. No hay para esa negativa, sin embargo, ninguna razón fundamental: la acción en justicia es el único medio de obtener declaración judicial respecto de una situación jurídica en todos los casos en que puede temerse una perturbación o contestación; basta para ello que el actor ostente un interés jurídico en el ejercicio de la acción.

Sentencia constitutiva. Es la que crea una situación jurídica, sea modificando un estado de cosas anterior, sea aboliéndolo, sea sustituyéndolo por otro. Ejemplos: la sentencia que admite el divorcio; las sentencias que pronuncian o levantan la interdicción; la sentencia que pronuncia la quiebra (en el sentido de que la sentencia que pronuncia la quiebra es puramente declarativa, v. Casación, 30 de julio de 1936, B. J. 312, p. 359).

Sentencia condenatoria. Es la que impone a la parte vencida en juicio el cumplimiento de una prestación, sea positiva, de dar o de hacer, sea negativa, de no hacer.

Durante mucho tiempo se ha considerado que la acción en justicia no podía tener otro objeto que el de obtener una sentencia de condena; era excluída, como se ha expuesto, la posibilidad de que el poder judicial tuviera por misión el pronunciar fallos meramente declarativos. Aun admitiendo que el ámbito de la sentencia condenatoria es el más amplio, es preciso reconocer, sin embargo, la legitimidad de la sentencia simplemente declarativa, como un modo de responder a ciertas demandas perfectamente justificadas.

Sentencia absolutoria. Es todo lo contrario de la sentencia condenatoria. Interviene cuando el tribunal, acogiendo la defensa del demandado, rechaza la demanda del actor.

No hay sentencia absolutoria, en cambio, cuando el tribunal acoge en favor del demandado una excepción o un medio de inadmisiblidad que no toque al fondo, puesto que en

estos casos, pudiendo el actor incoar nuevamente su acción. no puede decirse que el demandado ha sido absuelto.

CAPITULO V – SENTENCIAS EN PRIMERA INSTANCIA EN UNICA INSTANCIA, EN ULTIMA INSTANCIA

Sentencia en primera instancia. Es la que un tribunal del primer grado de jurisdicción dicta *a cargo de apelación.* Es el caso normal, dada la generalidad del principio del doble grado de jurisdicción (supra, libro II, Cap. III, Sec. II).

Sentencia en única instancia. En los casos en que el segundo grado de jurisdicción es suprimido por la ley o en el que las partes renuncian anticipadamente a la apelación, la sentencia es llamada en única instancia. Es susceptible de los recursos extraordinarios de revisión civil y de casación, lo mismo que la sentencia en última instancia.

Sentencia en última instancia. Cuando la sentencia es apelable, y el recurso de apelación es interpuesto, la decisión del juez del segundo grado se dice dictada en *última instancia.*

TITULO III – FORMA DE LA SENTENCIA

Adopción del fallo. Después que el asunto queda en estado, el tribunal tiene que dictar sentencia. Las formalidades relativas a la adopción de la sentencia varían según que se trate de tribunales unipersonales o de tribunales colegiados.

Tribunales unipersonales. En estas jurisdicciones (j. de primera instancia, juzgado de paz, T. de T. de jurisdicción original), la adopción del fallo tiene lugar, naturalmente, sin procedimiento alguno; el juez, de acuerdo con la fórmula adoptada usualmente, "después de haber estudiado el caso", resuelve la cuestión que le fue sometida.

Tribunales colegiados. Según se ha expuesto, el T. S. de Tierras se compone de un presidente y cinco jueces más y las cortes de apelación de cinco jueces, y se constituyen en audiencia con tres de ellos, entre los cuales pueden figurar el presidente, en el primero en todas las ocasiones, y en las últimas para conocer de los asuntos civiles y comerciales.

La S. C. de Justicia que, según también se ha expuesto, se compone de nueve jueces, tiene que constituírse, para celebrar audiencia y fallar, con una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros.

Conforme lo dispone el art. 116, los asuntos son decididos, en todos estos tribunales, por mayoría de votos: dos en el T. S. de Tierras y en las cortes de apelación; cuatro en la S. C. de Justicia cuando se ha constituído con seis o con siete jueces, cinco cuando se ha constituído con ocho o con sus nueve jueces.

Cuando se produzcan más de dos opiniones, el art. 117 dispone que "los jueces que se encuentren en minoría estarán obligados a agregarse a los dos opiniones que se hayan emitido por el mayor número". Es obvio que esta situación no puede presentarse en el T. S. de Tierras y la c. de apelación. No existe ninguna previsión legal para resolver el conflicto que se presentaría en caso de que cada uno de los jueces de estos tribunales propusiera y persistiera en sostener una solución distinta. En cambio, en la S. C. de Justicia podría presentarse tal situación y debería ser resuelta conforme a la regla establecida en el art. 117.

Empate. En la S. C. de Justicia puede ocurrir un empate cuando seis u ocho de sus jueces conocen de un asunto. En este caso, de acuerdo con lo prescrito en los art. 27 de la L. de O. J. ref. por L. 1257 de 1946 y 2o. de la L. 294 de 1940 (modificativo éste del párrafo agregado a la L. 684 de 1934 por la L. 926 de 1935), se procede a completar el número de siete o de nueve, jueces de la siguiente manera: llamando, en primer término, al otro juez que no conoció del asunto, siempre que no se haya inhibido, o que no haya sido recusado aun cuando su nombramiento sea posterior al conocimiento del asunto; y, en segundo término, a un presidente o juez de corte de apelación.

Redacción de la sentencia[7]. Según lo dispone el art. 40 de la L. de O. J. mod. por la L. 2004 de 1949, la sentencia es redactada, por escrito, por el juez único en los tribunales unipersonales, por el juez presidente o por uno de los otros jueces por él escogido en los tribunales colegiados, de acuerdo en este último caso, con el resultado de la deliberación[8].

Pronunciación de la sentencia. Después de redactada, la sentencia es pronunciada, esto es, leída íntegramente en audiencia pública (art. 17 de la L. de O. J.), aun en aquellos casos en que se trate de asuntos contenciosos conocidos en cámara de consejo. Hasta el momento de su pronunciación la sentencia no existe legalmente. El juez único o el tribunal colegiado pueden retractarse de su decisión. Esto puede ocurrir, en los últimos sea por común acuerdo de todos los jueces, sea porque alguno de ellos abandone su opinión y desaparezca así la mayoría obtenida por esta opinión.

Si, después de adoptada la sentencia, pero antes de su pronunciación, el juez único que la adoptó o uno de los jueces que concurrieron a adoptarla, mueren, renuncian, son destituídos o trasladados[9], se procede, de acuerdo con lo que disponen los art. único de la L. 684 de 1934 y 2o. de la L. 294 de 1940, por el nuevo juez único a adoptar un nuevo fallo, o por el tribunal colegiado a integrarse nuevamente llamando a sus otros jueces, aun cuando éstos hubieran sido nombrados posteriormente a la fecha del conocimiento del asunto de que se trata. Este sistema, como se ha expuesto, implica un total abandono del principio de la inmediación del proceso, correlativo al abandono del principio de la oralidad. Si estas dos directrices del proceso (inmediación y oralidad) hu-

(7) Véase: M. P. Fabreguetts, La logique judiciaire et l'art de juger, 2a. ed., 515 y s.

(8) En relación con las sentencias originales manuscritas y la sustitución de este sistema por originales mecanografiados v. Casación, diciembre 1971, B. J. 733, p. 3364.

(9) Los jueces que pueden ser trasladados son los de primera instancia, los jueces residentes del T. de T. y los jueces de paz (art. 67.5 de la Constitución

bieran sido conservadas, la causa habría tenido que ser nuevamente discutida al sobrevenir uno de los acontecimientos antes mencionados.

Enunciaciones de las sentencias. Resulta de las disposiciones de los art. 138, 141 y 1040 del C. de Pr. Civil, combinados con las reglas del derecho común que gobiernan la preparación de los actos procesales, que las sentencias deben contener un cierto número de enunciaciones o menciones particulares, que se indican a continuación.

Encabezamiento. El art. 146 manda que las sentencias "se encabezarán y darán en nombre de la República". Esto es un corolario de que la sentencia es un acto procesal emitido por el órgano jurisdiccional en nombre del Estado, o, lo que es lo mismo, de que es un acto de voluntad estatal.

Lugar. Las sentencias deben darse, conforme lo dispone el art. 1040, en el lugar en que se halla establecido el tribunal, y, allí, en el local en que funciona, salvo en materia de referimiento y en otros casos de urgencia (art. 102 de la L. 834 de 1978).

Indicación del tribunal. La sentencia debe indicar el tribunal que la pronuncia, por su designación oficial: juzgado o tribunal de primera instancia, corte de apelación, etc. Se acostumbra indicar además, pero esto no parece indispensable, que el tribunal actúa en sus atribuciones civiles y comerciales, y, en los j. de primera instancia divididos en cámaras, que la sentencia emana de la cámara civil y comercial. Si se trata del Distrito Nacional o de municipios en que existen varias cámaras, indicar la circunscripción.

Nombre de los jueces. A seguidas de la indicación del tribunal, la sentencia enuncia los nombres del o de los jueces que la dictan. Tratándose de un j. de primera instancia o de un j. de paz la sentencia indicará el nombre del juez que desempeña el cargo[10] tratándose de una c. de apelación o el T.

(10) Sobre la constatación de este requisito en la sentencia v. Casación, agosto, 1985, B. J. 897, p. 2073.

S. de Tierras indicará los nombres de los jueces que lo *componen.*

Asistencia del secretario. La sentencia deberá enunciar (art. 138 y 1040) que el tribunal estuvo asistido por el secretario en el acto de su pronunciación.

Publicidad del procedimiento. La sentencia debe indicar expresamente, respecto de todos los trámites del proceso que han ocurrido ante el tribunal, que ellos se han verificado *públicamente.* En esa virutd, la sentencia tiene que enunciar: 1o., que ha sido pronunciada en *audiencia* pública (art. 87)[11] que las partes fueron *oídas en audiencia pública,* salvo en los casos en que la audiencia es celebrada en cámara de consejo (art. 87); 3o., que, en los casos que procedan, el dictamen del ministerio público fue leído en *audiencia pública* (art. 59 de la L. de 0. j. v. Casación, 20 de septiembre de 1933, B. J. 278, p. 21; 18 de octubre de 1933, B. J. 279, p. 12; 20 de julio de 1951, B. J. 492, p. 818). La necesidad de que en la sentencia se enuncie el cumplimiento de estos requisitos es, en primer término una aplicación del principio general de la publicidad del ejercicio judicial en todas sus fases, y, en segundo término, una consecuencia del principio de publicidad que rige el proceso.

Indicación de las partes. La sentencia deberá mencionar "los nombres, profesiones y domicilios de las partes" (art. 141), y sus respectivas cédulas de identidad, con indicación del número del sello que comprueba el pago del impuesto co-

(11) No debería decirse como se hace frecuentemente: el juzgado de primera instancia de. . . . . . . , compuesto por . . . . . , sino desempeñado por. . . . . , dado que, lexicológicamente, componer y sus derivados atañen solamente a cosas compuestas, como son los tribunales colegiados. . Esta manera de indicar los nombres de los jueces es la más conforme con la terminlogía legal; tratándose de tribunales unipersonales (j. de primera instancia y j. de paz) la L. de O. J. expresa que son desempeñados o servidos por un juez (art. 44 y 52); tratándose del T. S. de T. y de las c. de apelación la L. de R. de T. (art. 16 ref.) y la L. de O. J. (art. 32 ref.) expresan, respectivamente, que esos tribunales están compuestos el uno por un Presidente y cinco jueces, y las otras por cinco jueces. La misma terminología es usada por el art. 6 de la L. 5924, del 1962, que crea el Tribunal de Confiscaciones.

rrespondiente (L. 6125 de 1963 sobre cédula personal de identidad).

Indicación de los abogados. En las materias que requieren su ministerio, la sentencia deberá indicar los nombres de los abogados que han asumido la representación de las partes, dispone el art. 141.

Indicación del ministerio público. En los asuntos sujetos a comunicación, la sentencia debe mencionar el nombre del agente del ministerio público que dictaminó en la causa, de acuerdo con el art. 141.

Conclusiones de las partes. Las conclusiones son actos procesales en que se enuncia concretamente el pedimento que cada una de las partes somete al tribunal. El demandante solicita mediante ellas que se acoja la demanda; por su parte, el demandado solicita que se rechace la demanda. Esas son llamadas conclusiones sobre el fondo. Ambas partes pueden también presentar conclusiones sobre excepciones y otros incidentes. Las conclusiones son precedidas de *defensas,* orales o escritas, según los casos, de las cuales son un remate. La enunciación de las conclusiones de las partes es una formalidad esencial, puesto que ellas fijan la extensión del proceso y limitan por lo tanto el poder de decisión del juez y el alcance de la sentencia (v. Casación, 31 de octubre de 1935, B. J. 303, p. 408; 3 de abril de 1957, B. J. 561, p. 659).

Puntos de hecho y de derecho. El punto de *hecho* es la enunciación del conjunto de los hechos, actos y circunstancias relativos al litigio y al procedimiento mediante el cual se le ha sometido al tribunal. El *punto de derecho* es la enunciación de las cuestiones jurídicas sometidas al tribunal, y que éste debe resolver en su sentencia (Casación: 21 de agosto de 1931, B. J. 253, p. 22; 26 de febrero de 1938, B. J. 331, p. 93, febrero 1958, B. J. 571, p. 331). Estas dos enunciaciones son indispensables y sustanciales, puesto que permiten determinar si el juez ha tomado en consideración todos los hechos

de la causa y si ha decidido acerca de todos los aspectos del proceso.

Generalmente el tribunal consigna el punto de hecho en los *resultas o resultandos* de la sentencia, y el punto de derecho en los *considerandos;* pero a veces el punto de derecho es enunciado en uno o varios de los resultas o resultandos, y en los considerandos el tribunal se contrae a enunciar los motivos jurídicos de la sentencia. No hay forma legalmente establecida para el cumplimiento de este requisito.

Motivos. La sentencia debe contener, a pena de nulidad, los fundamentos, o, lo que es equivalente, los *motivos* en que el tribunal funda su decisión (art. 141). Los motivos constituyen la demostración dialéctica y jurídica en que se apoya el dispositivo de la decisión adoptada por el tribunal.

En la sentencia, el tribunal debe responder a todos los pedimentos de las partes contenidos en sus respectivas conclusiones, para acogerlos o para desestimarlos, sea que figuren en sus conclusiones principales, sea que figuren en conclusiones adicionales o subsidiarias, sea que se refieran a una defensa, una excepción, un medio de inadmisibilidad, etc. (v. Casación, 11 de mayo de 1923, B. J. 153-155, p. 20; 16 de julio de 1924, B. J. 168-170, p. 3; 13 de junio de 1927, B. J. 203-204, p. 3; 19 de septiembre de 1951, B. J. 494, p. 1154; 7 de marzo de 1957, B. J. 560, p. 462; 10 de octubre, 1984, B. J. 887, p. 2607; 22 de noviembre, 1985, B. J. 900, p. 2919).

A lo que el tribunal debe responder expresamente es a las conclusiones o puntos de conclusiones, pero no a cada uno de los argumentos en que se fundan (Casación, sentencias precitadas).

Los motivos deben ser especiales (Casación, 27 de noviembre de 1931, B. J. 255-257, p. 75; 16 de octubre de 1957, B. J. 567, p. 2117). No es suficiente que el tribunal afirme; es preciso que muestre o exponga el fundamento de su afirmación. No bastaría, pues, que el tribunal declarara, por ej., que el demandante es acreedor, o que es propietario; es indispensable que establezca cuáles son los hechos y cir-

cunstancias de los cuales resulta en el demandante la calidad de acreedor o la de propietario.

Sin embargo, el tribunal puede responder a varias conclusiones o puntos de conclusiones por un motivo general que los incluya a todos. Por otra parte, los motivos pueden ser *implícitos* (v. Casación, 30 de noviembre de 1937, B. J. 328, p. 628), y resultar del conjunto de la sentencia, aunque no estén formulados de un modo particular. Así, por ej., los motivos dados para rechazar una demanda principal pueden aplicarse al rechazamiento de una demanda subsidiaria.

Un tribunal del segundo grado de jurisdicción, al confirmar la sentencia del juez del primer grado, puede limitarse a adoptar los motivos dados por éste en su sentencia (Casación, 30 de septiembre de 1929, B. J. 230, p. 20, a condición de que esos motivos sean correctos y suficientes, y de que, en la alzada, no haya surgido ninguna pretensión nueva cuya admisión o rechazamiento exijan motivos particulares. El tribunal de apelación, al confirmar sobre el fondo una sentencia no motivada o insuficientemente motivada, debe dar motivos propios suficientes, enmendando así el error del primer juez.

La sentencia carente de motivos o insuficientemente motivada es nula (v. Casación, 28 de julio de 1937, B. J. 323, p. 311 15 de septiembre, 1961, B. J. 1961, B. J. 614, p. 1742; 21 de abril, 1980, B. J. 833, p. 756; 15 de mayo, 1985, B. J. 894, p. 1158; y 1163 (dos fallos); 22 de febrero, 1986, B. J. 891. p. 443). Si es en última o en única instancia, su nulidad es propuesta como medio de casación[12]. Por el contrario, la sentencia no es nula por el solo hecho de que sus motivos fueron *erróneos,* cuando la decisión adoptada sea correcta (Casación, 23 de diciembre de 1936, B. J. 317, p. 720; 30 de septiembre de 1937, B. J. 326, p. 519).

Por excepción a la regla general que exige que toda sentencia contenga una motivación que sirva de fundamento a su

(12) No obstante, la S. C. de J. ha dicho que "la insuficiencia de motivos no basta, por sí sola, para anular una sentencia, sino cuando esa insuficiencia de motivos sea tal, que equivalga a falta de motivos, y en mora de pronunciarse sobre conclusiones explícitas y formales" (V. Casación, 23 de mayo de 1954, B. J. 524, p. 545).

dispositivo, hay sentencias que no necesitan ser motivadas, porque su dispositivo se basta a sí mismo. En este caso se encuentran: las sentencias preparatorias que prescriben una medida de instrucción; las sentencias que pronuncian una decisión que es una mera aplicación de la ley, como, por ej. la condena en costas contra la parte sucumbiente en virtud del art. 130 del C. de Pr. Civil; el conferimiento de la guarda de los hijos menores a uno de los esposos divorciados, dentro de las previsiones del art. 12 de la L. 1306 bis de 1937 (Casación, 27 de noviembre de 1945, B. J. 423, p. 1033).

Dispositivo. Por último, la sentencia debe contener un *dispositivo*, parte final que enuncia la decisión del tribunal acerca del proceso, y en la cual se encierra la autoridad de la cosa juzgada. El requisito de que el dispositivo sea la última de las enunciaciones de la sentencia no se opone, de acuerdo con la opinión dominante, a que una cuestión sea decidida por el tribunal en otro lugar que el dispositivo de la sentencia, por ejemplo en el contexto de los motivos (Casación, 30 de junio de 1952, B. J. 503, p. 1221).

Orden a observar. La ley no contiene previsión alguna indicativa del orden que debe seguirse en la enunciación de las formalidades relativas a la redacción y a la pronunciación de la sentencia. El orden en que esas formalidades han sido tratadas parece ser el más natural, porque las sitúa cronológicamente.

Sistema del C. de Pr. Civil. Los arts. 142 y s. habían establecido, para la redacción de las sentencias en materia civil ante el j. de primera instancia en toda materia ante la c. de apelación una división de su contenido en dos partes: una que preparaba el tribunal, contentiva de la fecha, de los nombres de los jueces y del agente del ministerio público, de las menciones relativas a la publicidad, de los fundamentos; otra que emanaba del abogado de la parte más diligente, contentiva de las *cualidades*, esto es de las menciones relativas a los nombres, profesiones y domicilios de las partes, las conclusio-

nes, y los puntos de hecho y de derecho. Esta parte de la sentencia era preparada por acto notificado de abogado a abogado, que debía ser depositado en secretaría (art. 142). Uniendo estas cualidades a la parte de la sentencia redactada por el tribunal, se formaba un todo, y solamente entonces era posible expedir copia de la sentencia. En este sistema, pues, la sentencia no era una obra exclusiva del tribunal, sino un acto de colaboración entre el tribunal y las partes. Las formalidades de los art. 142 y s. han caído en desuso. En toda materia, está a cargo del tribunal la entera redacción de la sentencia.

Prueba de las enunciaciones. La sentencia como todo otro acto procesal, debe contener en sí misma la prueba del cumplimiento de las formalidades legales anteriores y concomitantes a su pronunciación (supra, Libro III, Cap. I, Sec. 1). Si en la sentencia no se enuncia expresamente el cumplimiento de una formalidad, se considera que ésta no ha sido observada; el cumplimiento de tal formalidad no puede, por consiguiente, ser probado por ningún otro medio. Así, por ej., la sentencia es nula si no comprueba que las partes fueron oídas en audiencia pública, que fue pronunciada en audiencia pública, y que el dictamen fiscal fue leído también en audiencia pública, aunque esas formalidades hubieran sido efectivamente observadas (v. Casación, abril, 1937, B. J. 321 p. 162; diciembre, 1966, B. J. 673, p. 2415).

La ley no ha impuesto ninguna fórmula sacramental para la indicación del cumplimiento de las formalidades que deben ser observadas en la redacción de la sentencia. Se aplica en este caso, pues, la regla que admite la validez en términos *equivalentes o equipolentes*.

Sanciones. Para determinar cuándo la violación de las formalidades impuestas en la redacción y la pronunciación de la sentencia acarrea su nulidad, es preciso distinguir, conforme a los principios generales, entre formalidades *sustanciales* y las formlidades *accesorias;* solamente la contravención de las primeras produce la nulidad.

Cuando la sentencia no omite, sino que menciona incompleta o insuficientemente el cumplimiento de las formalidades sustanciales, ella está cubierta por una presunción de regularidad, y en consecuencia no puede ser anulada. Así por ej.: si en la sentencia no se indica expresamente que fue pronunciada en audiencia pública, basta que esa mención se halle consignada en la hoja de la audiencia; si la sentencia expresa solamente que fue pronunciada "en audiencia", debe presumirse que lo fue en audiencia pública, puesto que las audiencias deben ser celebradas públicamente.

Cómo se hace valer la nulidad. La nulidad de la sentencia debe ser propuesta necesariamente por medio del ejercicio de la vía de recurso correspondiente: oposición si es en defecto; apelación si es contradictoria en primera instancia, o si, tratándose de sentencia en defecto, no es impugnable por oposición; revisión civil o casación (con las distinciones que serán examinadas en el libro VIII) si es en única o en última instancia.

Por el contrario, la sentencia no puede ser motivo de una acción principal en nulidad; tampoco puede la nulidad ser propuesta como medio de defensa. Es lo que implícitamente resulta del art. 480, que autoriza a invocar ciertas nulidades de la sentencia por medio del recurso extraordinario de la revisión civil.

Cuando han transcurrido los plazos impartidos por la ley para impugnar la setencia, ésta viene a ser inatacable. Los vicios de forma o de fondo de que pueda adolecer quedan cubiertos. Se dice que la sentencia ha adquirido entonces la autoridad irrevocable de la cosa juzgada.

Juzgado de paz; materia comercial. Las sentencias pronunciadas por el j. de paz y las dictadas por el j. de primera instancia en materia comercial están sujetas, en principio, a las reglas de forma anteriormente expuestas. A partir de la puesta en vigor de la L. 91 de 1983 que crea el Colegio de Abogados de la República Dominicana y hace obligatorio su ministerio en estas jurisdicciones, debe concluírse a que las

sentencias deberán contener la mención de los abogados que han postulado por las partes.

Tribunal de Tierras. Los art. 249 y 251 de la L. de R. de R. disponen, respectivamente: que, "La sentencia se pronunciará una vez terminada la vista de la causa o cinco días después, a más tardar, y deberá estar suscintamente motivada", y que "La sentencia deberá ser firmada por el juez o los jueces que la hubieran dictado y por el Secretario". El art. 84 de la misma ley dispone: "En todas las sentencias de los Tribunales de Tierras se hará constar: el nombre de los jueces, el nombre de las partes, el domicilio de éstas si fuere posible indicarlo, los hechos y los motivos jurídicos en que se funda, en forma suscinta, y el dispositivo" (v. Casación, 9 de abril de 1930, B. J. 234-239, p. 112; 24 de enero de 1934, B. J. 282, p. 9; 29 de enero de 1934, B. J. 282, p. 15; 8 de agosto de 1936, B. J. 313, p. 334; 22 de diciembre de 1937, B. J. 329, p. 736)[13].

Cuando el T. S. de Tierras, en la revisión, confirma la sentencia del primer juez, adopta simplemente los considerandos de la sentencia revisada, los completa, o los sustituye con motivos propios. En caso de revocación o modificación de la sentencia del primer juez, el T. S. de Tierras da, naturalmente, motivos propios en apoyo del dispositivo de su decisión (Casación, 31 de enero de 1951, B. J. 486, p. 95).

Suprema C. de Justicia. El art. 70 de la L. sobre Pr. de casación determina que las sentencias del S. C. de Justicia, en funciones de C. de Casación, deberán contener "los nombres de las partes, el objeto de la demanda, los motivos del fallo, y el texto de la ley en la cual se basa dicho fallo". En hecho, las sentencia de la S. C. Justicia contienen otras enunciaciones, como por ej. la fecha, los nombres de los abogados, el del agente del ministerio público, las conclusiones de su dictamen, etc.

(13) Las sentencias del T. de Tierras no tienen que ser dictadas en audiencia pública (v. casación, julio, 1972, B. J. 740, p. 1688).

TITULO IV–CONTENIDO DE LA SENTENCIA

CAPITULO I–PRINCIPIOS GENERALES

Pronunciamiento principal. En términos generales la sentencia que acoge la demanda contiene un pronunciamiento, el cual varía según la naturaleza de la sentencia: una condenación del demandado en la sentencia de condena; una simple declaración en la sentencia meramente declarativa; el establecimiento de una situación jurídica en la sentencia constitutiva.

La posibilidad de estos diversos pronunciamientos está sujeta a la condición de que el demandante pruebe su derecho de acción; en caso contrario el demandado es absuelto, esto es descargado de la demanda. Entonces hay pronunciamiento en favor del demandado. Cuando es acogida una demanda reconvencional, el demandante es un demandado, y existe entonces un pronunciamiento en contra suya.

Pronunciamientos accesorios. Toda sentencia contiene, además de los pronunciamientos principales, una condenación contra la parte que sucumbe al pago de las costas procesales. Además, según la naturaleza de los procesos, la sentencia puede contener, sea la concesión de un plazo de gracia, sea una condena a pagar indemnización a liquidar por estado, sea una condenación a restituir frutos, sea el beneficio de la ejecución provisional, sea la supresión de un escrito calumnioso (Casación, 14 de febrero, 1982, B. J. 855, p. 231), sea la orden que el fallo sea publicado.

CAPITULO II–LAS COSTAS PROCESALES

SECCION I–LA CONDENACION EN COSTAS

Gratuidad de la justicia. Según lo dispone el art. 109 de la Constitución, la justicia es administrada gratuitamente. Es-

to significa que los litigantes no tienen que remunerar a los jueces por la prestación del servicio judicial. En cambio, la ley impone a las partes ciertos desembolsos, bien sea en concepto de impuestos, bien sea a título de remuneración a algunos auxiliares de la justicia o a algunos oficiales que intervienen directamente o indirectamente en la administración de la justicia. El conjunto de estos desembolsos constituye las *costas procesales*, o *litisexpensas*.

La condenación en costas. Según lo dispone el art. 130, toda parte que sucumbe será condenada al pago de las costas. De conformidad con esta norma, la parte perdidosa viene obligada a reembolsar a la parte gananciosa el importe de las costas causadas en la litis, liquidadas conforme a la Tarifa de Costas Judiciales.

El principio enunciado en el art. 130 constituye el derecho común: se aplica, pues, al procedimiento comercial y al procedimiento ante el juzgado de paz.

Contenido. Las costas procesales comprenden, según lo indica el art. 23 de la Tarifa de Costas Judiciales (D. del 8 de junio de 1904 y 8 de la L. 302 de 1964 sobre honorarios de los Abogados): 1o.: los *impuestos fiscales,* consistentes: a) en los sellos de rentas internas que son aplicados a los documentos preparados o producidos en el proceso, en virtud de las disposiciones de la L. 2254 de 1950, de impuestos sobre documentos; b) en los derechos percibidos por los secretarios judiciales, registradores de títulos y otros oficiales públicos por concepto de expediciones y otras diligencias practicadas por ellos (L. 417 de 1943, D. 1550 de 1943); c) en los derechos de registro percibidos sobre los documentos producidos en justicia, conforme a las disposiciones de la L. del 20 de mayo de 1885 sobre registro de los actos civiles, judiciales y extrajudiciales; 2o., los emolumentos percibidos por algunos oficiales ministeriales y otros auxiliares de la justicia, como por ej. los alguaciles por concepto de los actos que preparan, los conservadores de hipotecas por concepto de inscripciones y transcripciones; 3o., los *emolumentos,* gastos e indemniza-

ciones adeudadas a los testigos, peritos, expertos; 4o., los gastos necesarios para que el juez verifique ciertas medidas de instrucción (visita de lugares, etc.); 5o., los ***honorarios*** de abogado.

Fundamento Jurídico[14]. Es una cuestión controvertida la de saber cuál es el fundamento jurídico de la regla enunciada en el art. 130.

Las doctrinas que ven en el proceso un contrato o un cuasicontrato atribuyen consecuentemente a la condenación en costas un fundamento contractual o cuasicontractual. Si se descartan esas explicaciones acerca de la naturaleza del proceso, hay que rechazarlas igualmente para la condena en costas.

Se ha tratado también de explicar la condenación en costas por medio de la noción de *riesgo*: la parte que pleitea, como demandante o como demandada, debe soportar las consecuencias de su actuación en el proceso, aun cuando al intentar la demanda o resistirla no haya incurrido en ninguna imprudencia o negligencia.

En otra teoría se explica la condenación al pago de las costas diciendo que se trata de una *pena,* de carácter especial, infligida al litigante vencido.

Muchos autores explican la obligación de pagar las costas procesales como constituyendo la reparación del daño causado a la parte triunfante con el hecho de su contraparte de intentar un proceso infundado o de resistir a una demanda justificada.

Estas dos últimas explicaciones son inadmisibles. La parte perdidosa no comete generalmente ninguna falta al litigar. Ella ha podido simplemente equivocarse acerca de la justeza de sus pretensiones. Cuando incurre en falta, puede ser sancionada con la condenación a pagar a su contraparte una indemnización reparatoria del daño causado con su actitud. Esta condenación, evidentemente, es distinta de la con-

(14) Glasson y Tissier, *Traité,* III, 781; Japiot, *'Traité elementaire de procedure civile,* 2a. ed., 566; Morel, *Traté elementaire de procedure civile,* 693; Chiovenda, La condena en costas, trad. de J. A. de la Puente, 157, y s.

denación en costas. Ambas pueden acumularse. De esto resulta claramente, pues, que a la condenación en costas no puede atribuírsele ni el carácter de una pena ni el carácter de una indemnización; no existe, para que esto sea sostenible, la condición esencial de que el hecho de litigar pueda ser mirado en sí mismo, como una falta (Casación, 27 de julio de 1932, B. J. 264, p. 18).

Aun reconociendo lo bastante aceptable que es la explicación de la condena en costas por medio de la idea del riesgo, parece preferible admitir que se trata, simplemente, de una obligación impuesta por la ley a la parte que sucumbe. Se comprende fácilmente, en efecto, que el Estado no podría asumir la carga de las costas, puesto que el proceso civil es un asunto que atañe principalmene al interés privado de los litigantes. Por otro lado, las costas procesales constituyen una carga anormal, extraordinaria, que tiene su origen, no en el ejercicio pacífico del derecho, sino exclusivamente en el proceso; no sería justo dejarlas a cuenta de la parte gananciosa. Es lo más lógico, pues, que la ley haya decidido ponerlas a cargo de la parte que sucumbe.

Es evidentemente más equitativo que ésta, y no la parte gananciosa, soporte las costas; de este modo, la parte gananciosa no ve gravado el ejercicio de su derecho de acción, como demandante o como demandada, con una carga que ha sido causada precisamente por la necesidad en que se ha encontrado de actuar ante los tribunales.

Limitación. La condenación en costas no abarca todos los desembolsos en que la parte gananciosa haya podido incurrir sino solamente aquellas partidas que la ley considera indispensablemente necesarias para la sustentación del proceso. Estas partidas son: unas anteriores a la sentencia, como por ej. las relativas al registro de los documentos producidos por las partes, a las notificaciones, a las medidas de instrucción; otras posteriores a la sentencia, como por ej. las notificaciones de ésta, la inscripción o el registro de la hipoteca judicial.

De la condenación en costas quedan excluídos los gastos innecesarios o frustráneos.

Quién es condenado en costas. La disposición del art. 130, que manda condenar en costas a *la parte que sucumbe*, implica dos requisitos (Casación, 27 de julio de 1932, B. J. 264. p. 18; 31 de agosto de 1937, B. J. 325, p. 452; 23 de diciembre de 1937, B. J. 329, p. 755; 30 de agosto de 1952, B. J. 505, p. 1542; 24 de marzo de 1953, B. J. 512, p. 473): el de *ser parte en el proceso y el de sucumbir.*

En primer lugar, es preciso que la persona condenada en costas sea parte, esto es, que tenga un interés personal en el proceso, como demandante, como demandado, o como interviniente. Así, por ej. cuando el menor litiga y sucumbe, es él personalmente quien debe ser condenado en las costas, y no su representante legal (padre, administrador legal o tutor). Por excepción, el art. 132 permite condenar en costas, personalmente, a los tutores, curadores y otros representantes, cuando hubieran cometido faltas en el ejercicio de sus funciones.

En caso de pluralidad de partes perdidosas entre las cuales no existe solidaridad, la condenación en costas se divide entre ellas, conforme al derecho común (art. 1220 del C. Civil), puesto que se trata de una deuda personal y divisible. Cuando esas partes han litigado en defensa de un interés común se admite generalmente que la obligación al pago de las costas se divide en proporción al número de partes, y no en proporción al interés de cada una de ellas en el proceso.

Cuando las partes condenadas son deudores solidarios, la condenación en costas tiene también un carácter solidario (art. 1200 y s. del C. Civil).

En segundo lugar, para que pueda ser condenada al pago de las costas es necesario que la parte sucumba, esto es que pierda el proceso. El demandante pierde el proceso cuando su demanda es rechazada, o declarada inadmisible, o anulada; lo pierde el demandado cuando el juez acoge la demanda.

Condenación de la parte gananciosa. Por aplicación del art. 1382 del C. Civil, confirmado por la L. 378 de 1919, el tribunal debe poner las costas a cargo de la parte gananciosa, y no a cargo de la parte perdiente, cuando aquella se ha con-

ducido en el proceso temerariamente o con mala fe, causándole así perjuicios a su contraparte. En este caso la condenación en costas tiene un carácter indemnizatorio.

La parte demandante puede igualmente ser condenada al pago de las costas, aunque su demanda sea acogida, cuando el proceso ha sido incoado en su interés exclusivo, como por ej. para obtener un plazo de gracia (v. Casación, 27 de julio de 1932, B. J. 264, p. 18).

Exigibilidad de las costas. El art. 130, ref. por la L. 507 de 1941, dispone que las costas "no serán exigibles, sea que provengan de nulidades, excepciones, o incidentes, o del fallo de lo principal, sino después que recaiga sentencia sobre el fondo que haya adquirido la fuerza de la cosa irrevocablemente juzgada".

Puede ocurrir que intervenga sentencia definitiva respecto de un incidente. En este caso el mismo art. 130 dispone que "si en virtud de sentencia sobre incidente, nulidad o excepción, el tribunal ha quedado desapoderado del conocimiento del fondo, las costas serán exigibles un mes después de haber adquirido dicha sentencia la fuerza de la cosa irrevocablemente juzgada, siempre que durante ese plazo no se haya introducido de nuevo demanda sobre el fondo del litigio (Casación, 17 de julio, 1974, B. J. 764, p. 2030).

La regla establecida por el art. 130 se aplica a las costas causadas en el recurso de casación (Casación, 24 de julio de 1951, B. J. 492, p. 837).

Costas en los incidentes. Las costas causadas en los incidentes del procedimiento relativos a los interlocutorios prescritos por el juez (información testimonial, etc.) son *reservadas*, esto es, que su liquidación será hecha conjuntamente con la de las demás costas causadas en el proceso (Casación, 31 de agosto de 1937, B. J. 325, p. 452; 22 de diciembre de 1938, B. J. 341, p. 904; julio, 1969, B. J. 704, p. 1743; agosto, 1969, B. J. 705, p. 1835; julio, 1973, B. J. 752, p. 2074).

Por el contrario, respecto de los incidentes completa-

mente ajenos al fondo, como por ej. los relativos a nulidades o declinatorias, se admite generalmente que la parte que sucumbe debe ser condenada en las costas, conforme a la regla establecida en el art. 130, puesto que esos incidentes no constituyen meros accesorios del proceso principal, sino verdaderos procesos distintos.(15)

Costas en referimiento. Es controvertida la cuestión de saber si en este procedimiento el juez debe condenar en costas a la parte que sucumbe(16). La dificultad viene del carácter meramente provisional del fallo intervenido en referimiento.

Algunos autores, fundándose en la generalidad de los términos del art. 130, estiman que en este procedimiento el juez debe, en todos los casos, condenar en costas al sucumbiente (v. Casación, 8 de febrero de 1952, B. J. 499, p. 179).

Otros autores, por el contrario, sostienen que en ningún caso se puede estatuír en referimiento sobre las costas, porque las decisiones intervenidas en esta materia son puramente provisionales, en tanto que la condenación al pago de las costas tiene invariablemente un carácter definitivo. El juez debería, pues, reservar siempre las costas para que se estatuya sobre ellas al momento que se resuelva sobre lo principal.

Una tercera opinión distingue: Cuando la medida prescrita tiene un carácter puramente preparatorio, porque deba servir de base a la decisión que intervendrá ulteriormente sobre el fondo, como por ej., un experticio o un secuestro, el juez se encuentra en las mismas condiciones que si, apoderado de un proceso sobre el fondo, estatuyera respecto de un incidente ligado al fondo; deberá, necesariamente, pues, reservar las costas, conforme a la regla anteriormente expuesta con relación a los incidentes. Por el contrario, cuando, en los casos excepcionales en que esto sucede, la decisión pro-

(15) El art. 10 de la L. 834 de 1978 exige, como una Condición para la aceptación de la impugnación (contredit) que su autor deposite con el recurso, los gastos de éste.

(16) A. Curet. *La jurisdiction des référes,* II 969 y s.

nunciada en el referimiento pone fin al proceso, el juez debe estatuír sobre las costas, condenando a pagarlas a la parte que sucumbe.

En el recurso de apelación incoado contra la decisión que estatuye en referimiento rigen las mismas reglas que en primera instancia en lo que concierne a la condenación en costas.

Costas en apelación. En grado de apelación se aplican la reglas anteriormente enunciadas. Si el tribunal del segundo grado confirma totalmente la sentencia impugnada, condena en costas al apelante; de donde resulta que, si sucumbió en primera instancia, el apelante soportará las costas de la primera y de la segunda instancia. Si el tribunal del segundo grado revoca totalmente la sentencia impugnada, el apelado es condenado al pago de las costas de ambas instancias. El tribunal del segundo grado puede compensar las costas, o ponerlas a cargo de la parte gananciosa, en los mismos casos y condiciones que el juez del primer grado.

Costas ante el T. de Tierras. La legislación que rige el proceso de saneamiento inmobiliario y los otros procedimientos de que conoce el T. de T. no decide nada acerca de la carga de las costas. Cada parte, pues, soporta las costas en que incurra.

Costas ante el T. de Confiscaciones. Según lo que dispone el art. 23 de la L. 5924 de 1962, las costas podrán ser compensadas en todos los casos, por este Tribunal.

Costas en casación. Están regidas por el art. 65 de la L. sobre Pr. de Casación. Si el recurso de casación es rechazado, el recurrente es naturalmente condenado al pago de las costas; soportará pues las costas del procedimiento incoado ante el tribunal que pronunció la sentencia impugnada, como asimismo, las del procedimiento del recurso de casación. Si, por el contrario, la sentencia es casada, el recurrido es condenado en costas; éstas comprenden las del procedimiento de la

casación, y, además, según se admite generalmente, las relativas a la expedición, al registro y a la notificación de la sentencia casada. Sea cual sea la decisión pronunciada por el tribunal de envío o de reenvío, esos últimos gastos quedarán a cargo del recurrido. El tribunal de envío o de reenvío decidirá solamente, pues, acerca de las costas causadas ante el mismo, y acerca de las costas causadas en el procedimiento verificado ante el tribunal que pronunció la sentencia casada.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 65 de la L. sobre Pr. de Casación, las costas podrán ser compensadas: en los casos del art. 131 del Código de Pr. Civil; cuando una sentencia fuere casada exclusivamente por un medio suplido de oficio por la S. C. de Justicia; y cuando una sentencia fuere casada por falta de base legal o insuficiencia de motivos, desnaturalización de los hechos o por cualquier otra violación de las reglas procesales cuyo cumplimiento esté a cargo de los jueces.

Por disposición expresa del art. 65 de la L. sobre Pr. de Casación, en esta materia es aplicable el art. 133 del C. de Pr. Civil, relativo a la distracción de las costas.

Cuantía de las costas. El art. 25 de la Tarifa de Costas Judiciales, derogado por la L. 302 de 1964 prescribía de un modo general, que no se podían cobrar otras ni mayores costas que las establecidas en la ley. Esta disposición era conexa con la contenida en el art. 33 de la misma Tarifa y 67 del C. de Pr. Civil, no derogado. Significa evidentemente que los secretarios, alguaciles, venduteros públicos y demás auxiliares de la justicia, no deben percibir sino estrictamente los emolumentos fijados por la ley.

En lo que concierne a tales derechos y emolumentos, la regla anteriormente enunciada rige, tanto las relaciones entre esos auxiliares de la justicia y la parte que usa de su ministerio, como las relaciones entre esa parte y su contraparte condenada en costas. Por el contrario, en lo que respecta al cobro de los honorarios de abogado, la mencionada regla rige solamente las relaciones entre la parte gananciosa y la parte sucumbiente, y las relaciones entre el abogado que obtiene en

su favor la distracción de las costas y la parte sucumbiente; en uno u otro caso según resultaba del antiguo art. 25 de la Tarifa de costas Judiciales, y actualmente del art. 1o. de la L. 302 de 1964, la parte gananciosa o el abogado que obtuvo la distracción no pueden cobrar al sucumbiente sino el importe de esos honorarios liquidados en la actualidad conforme a la Tarifa fijada por la citada L. 302.

En cambio, las relaciones entre el cliente y el abogado se hallan regidas únicamente por la convención intervenida entre ambos. El abogado puede cobrar a su cliente el importe convenido como remuneración de sus servicios (v. infra, *Ley 302 de 1964).*

SECCION II–COMPENSACION DE LAS COSTAS

En qué consiste. Compensar las costas significa repartirlas entre las partes, en vez de condenar a una de ellas a pagarlas.

El art. 131, ref. por la L. 296 de 1940, autoriza al juez a compensar las costas, en todo o en parte, en los siguientes casos: 1o. entre cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y afines en el mismo grado; 2o., cuando los litigantes sucumben respectivamente en algunos puntos; 3o., cuando concede un plazo de gracia.

Esta medida obedece, especialmente en los casos 1o. y 2o., al deseo del legislador de apaciguar en lo posible los rencores inherentes a todo litigio.

La compensación es una medida facultativa para el tribunal, quien es árbitro para pronunciarla en la proporción que estime conveniente (Casación, 23 de octubre de 1934, B. J. 291, p. 6; 30 de noviembre de 1937, B. J. 328, p. 658; 24 de marzo de 1953, B. J. 512, p. 468; 23 de diciembre de 1953, B. J. 545, p. 2653; 15 de junio de 1956, B. J. 551, p. 1241; abril, de 1971, B. J. 725, p. 897; octubre de 1973, B. J. 755, p. 3227; mayo de 1974, B. J. 762, p. 1174; agosto de 1974, B. J. 765, p. 2826; octubre de 1977, B. J. 803, p. 1871). Puede mandar que el total de las costas del proceso sea dividido en porciones iguales, a fin de que cada uno de los

litigantes soporte una de esas porciones, o que de ese total cada uno de los litigantes soporte una porción desigual (un tercio, un cuarto, por ej.). Cuando el tribunal se limita a declarar que compensa las costas, se entiende que cada una de las partes soportará sus propias costas.

La expresión "compensar las costas", empleada por el art. 131, no es enteramente exacta en los casos en que interviene tratándose de litigios entre cónyuges, parientes y afines, y en el caso de concesión de un plazo de gracia; se trata más bien de una medida en cuya virtud el crédito por concepto de las costas, de que es titular la parte gananciosa contra la parte perdiente, queda simplemente suprimido. En cambio, la expresión es bastante apropiada, cuando se trata de la hipótesis en que los litigantes sucumben respectivamente respecto de algunos puntos del proceso.

SECCION III–DISTRACCION DE LAS COSTAS

En qué consiste. En numerosas ocasiones el abogado se encarga de avanzar por cuenta de su cliente, en todo o en parte, los gastos necesitados por el proceso, especialmente tratándose de litigantes pobres; si la causa presenta serias probabilidades de éxito, el abogado que incurre en esas erogaciones tiene las mejores perspectivas de recuperarlas. Por medio de la *distracción de las costas,* el art. 133, ref. por la L. 507 de 1941, garantiza al abogado, en principio, aunque poco eficazmente según se verá en seguida, el cobro de esos gastos y de sus honorarios, directamente contra la parte sucumbiente.

Para darse cuenta de la utilidad de la distracción de las costas hay que tener presente que, conforme al derecho común (supra, Libro II, Cap. VI, Sec. II), una vez terminado el proceso, el abogado podría ejercer contra su cliente la acción de mandato para cobrarle el importe de los gastos avanzados y de sus honorarios. La parte gananciosa tendría, a su vez, el derecho de ejecutar, contra el perdiente, la condenación al pago de las costas. En estas condiciones, pues, el abogado de

la parte gananciosa tiene un deudor, su cliente, quien, a su vez, tiene un deudor, su contraparte vencida en juicio. Por aplicación del art. 1166 del Código Civil, el abogado de la parte gananciosa podría ejecutar contra el perdiente, ejerciendo los derechos de aquella, la condenación en costas. Podría también obtener que su cliente le cediera ese crédito, y entonces ejecutar, en su propio nombre, la condenación en costas.

Pero, como es fácil comprender, ambos caminos (cobro de las costas en nombre de su cliente, cesión de las costas) presentan serios inconvenientes para el abogado. En primer término, cuando el abogado actúa en el cobro de las costas en nombre de su cliente, él, puede verse oponer por la contraparte de su cliente la compensación legal que haya podido operarse entre ambos créditos recíprocos, en virtud de lo que dispone el art. 1289 del C. Civil. En segundo término, aun cuando no haya motivo para la compensación legal, cuando el abogado de la parte gananciosa proceda al cobro de las costas tiene que sufrir, en caso de insolvencia de su cliente, el concurso de los otros acreedores de éste, compartir con ellos el importe de lo cobrado a la parte perdiente, y conformarse con un dividendo.

La distracción de las costas tiene como finalidad el evitar este doble inconveniente. Al mismo tiempo que condena a la parte perdidosa al pago de las costas hacia la parte gananciosa, el tribunal las *distrae* en favor del abogado de ésta, o, lo que es lo mismo, confiere al abogado de la parte gananciosa un crédito directo contra la parte perdidosa; ésta deberá, pues, pagar las costas procesales, no en manos de su contraparte, sino en manos del abogado de ésta. Por virtud de la distracción, el crédito de las costas procesales no figura un solo momento en el patrimonio de la parte gananciosa; el tribunal lo ha transportado al patrimonio del abogado que obtiene la distracción. Por lo tanto el abogado no va a exigir al perdiente el pago de las costas como acreedor de la parte gananciosa, sino como acreedor directo de aquél. Con eso quedan eliminados los peligros que representan los medios que el perdiente pueda oponer a la parte gananciosa y el con-

curso de los acreedores de ésta. La distracción de las costas consiste, pues, en la concesión al abogado del derecho de proceder a la ***ejecución*** directa contra la contraparte de su cliente; es una verdadera ***delegación*** autorizada por la ley y operada por la sentencia.

No obstante la distracción de las costas, el abogado sigue siendo acreedor de su cliente, a quien puede cobrarlas, en los términos de la convención intervenida entre ambos (supra, Libro II, Cap. VI, Sec. II): la distracción de las costas, en efecto, no produce novación por cambio de deudor del crédito del abogado contra su cliente. El art. 133 lo reconoce así, puesto que le reserva expresamente su acción contra la parte a quien prestó sus servicios profesionales (v. Casación, agosto 1948, B. J. 457, p. 1540).

Materias en que interviene. La distracción de las costras puede ser obtenida lo mismo en materia civil que en materia comercial. En materia penal puede ser obtenida cuando la acción civil es ejercida accesoriamente a la acción pública.

Cómo se pide. El beneficio de la distracción de las costas no existe de pleno derecho. Para obtenerlo, el abogado tiene que afirmar ante el tribunal, antes de la pronunciación de la sentencia, esto es, en las conclusiones, que ha avanzado, por lo menos, la mayor parte de los gastos (Casación, 20 de octubre de 1938, B. J. 339, p. 609; 25 de noviembre de 1953. B. J. 520, p. 2239; 10 de diciembre de 1954, B. J. 533, p. 2555; enero 1960, B. J. 594, p. 86). El abogado no tiene que demostrar este derecho; su afirmación basta.

Cómo se otorga. Conforme lo dispone el art. 133, la distracción de las costas debe pronunciarse en la misma sentencia que condene al pago de ellas, y su liquidación será hecha en nombre del abogado que tuvo ese beneficio.

Ley 302 de 1964. El art. 1o. de la Ley 302 establece los siguientes principios fundamentales que rigen no solamente las relaciones entre el cliente y el abogado, sino de éste con el

perdiente, que pueden resumirse así: 1) La nueva tarifa prevee un monto mínimo de los honorarios para los abogados por su labor profesional en los tribunales y fuera de ellos, siendo nulo todo convenio por el cual se obligue al abogado a recibir honorarios menores de los fijados en dicha tarifa; previendo sanciones contra el abogado que lo consintiera; 2) Los abogados pueden pactar honorarios más elevados que los establecidos en dicha ley, siempre que, tratándose de pactos de cuota litis, no sobrepasen del 30 por ciento del valor de los bienes o derechos envueltos en el asunto (arts. 3 y 4); estos honorarios más elevados, sin embargo, no podrán regir las relaciones entre el abogado y las personas no ligadas por tales convenios, que estuvieren obligados al pago de las costas por condenación judicial (partes perdidosas o por otros motivos), a quienes sólo se les podrá exigir los honorarios mínimos fijados por la tarifa (art. 1o.); 3) Los abogados tendrán derecho a cobrar sus honorarios y gozarán de las acciones previstas en la citada ley 302, cuando hayan intervenido para prestar asesoramiento, asistencia, representación, o cualquier otro servicio profesional, sin que en estos casos hubiere habido litis, o hubieren efectivamente asistido a su cliente ante los tribunales; 4) Cuando se hubiere utilizado los servicios de un abogado para la conducción de un procedimiento, y una vez comenzado éste, no será posible al cliente sin comprometer su responsabilidad, dar mandato o encargo a otro abogado (salvo el caso de muerte o imposibilidad en el ejercicio) sin antes realizar el pago correspondiente al primer abogado, debiendo el nuevo abogado abstenerse de aceptar el mandato sin antes asegurarse de que los honorarios correspondientes a este primer abogado fueron satisfechos. El abogado perjudicado podrá perseguir el pago de sus honorarios y gastos avanzados haciendo uso de los medios establecidos en dicha ley (art. 7). 5) Los honorarios causados frente a la parte sucumbiente, son propiedad del abogado, siendo nulo todo acuerdo en contrario, pudiendo ejercer esta acción las Asociaciones o Colegio de Abogado legalmente constituídos, entidades que también tienen facultad para aplicar al abogado en estos casos, las correspondientes sanciones disciplinarias (art. 14 y

15) hoy necesariamente, a cargo del Colegio de Abogados de la República Dominicana; 6) Los honorarios de los abogados y los gastos que hubieren avanzado por cuenta de su cliente gozan de un privilegio que primará sobre los de cualquier otra naturaleza; sean mobiliarios o inmobiliarios existentes, excepto los del Estado y Municipios; 7) Los abogados podrán usar, para la ejecución de sus créditos líquidos acordados en la Ley 302, las disposiciones de la Ley de Fomento Agrícola No. 6186 de 1963, en los casos en que dicha ejecución se realice mediante embargos inmobiliarios.

A continuación, serán tratados separadamente los efectos de la distracción de las costas, tanto frente al cliente como frente a la parte perdidosa, para seguir el ordenamiento de esta obra, pero teniendo en cuenta los cambios introducidos por la ley 302.

Efectos en cuanto al cliente. Como consecuencia de que la distracción de las costas confiere al abogado que la obtiene el derecho de cobrarlas directamente a la parte perdidosa, el crédito resultante de ellas viene a ser inembargable e intransferible. Este crédito, en efecto, ha salido del patrimonio del cliente, a causa de la distracción obtenida por el abogado. Es lo que consagra expresamente el art. 133, al disponer que las costas distraidas "no podrán ser cedidas por la parte que ha obtenido ganancia de causa, ni podrán ser embargadas retentivamente por los acreedores de esta última". (Casación, abril 1972, B. J. 737, p. 968).

Efectos entre el abogado y el perdiente. El beneficio de la distracción de las costas, según lo dispone el art. 133, no obsta a que "la parte condenada en costas pueda oponer al abogado las causas de compensación que hubiera podido invocar contra el cliente de este último por concepto de créditos del litigio, en principal, accesorios y costas a que se refiere el art. 130". Esta última disposición, combinada con la relativa a la exigibilidad de las costas, ambas introducidas por la Ley 507 de 1941, quitaba virtualmente a la distracción de las costas la mayor parte de su carácter de beneficio concedi-

do por la ley al abogado. En efecto: por un lado, conforme a lo que dispone el art. 130, las costas ocasionadas en los incidentes no son exigibles sino después que intervenga sobre el fondo sentencia con autoridad irrevocable de cosa juzgada; por otro lado, el perdiente podrá invocar en compensación contra el abogado de la parte gananciosa los créditos resultantes del litigio. De aquí resulta que el abogado que ha obtenido el beneficio de la distracción de las costas debía aguardar esta liquidación final entre las partes, antes de que pudiera proceder al cobro de las costas adeudadas por el perdiente.

No obstante lo indicado, el art. 12 de la Ley 302 de 1964 según se expresó (supra, *Ley 302 de 1964*) establece un privilegio en favor del abogado para el cobro de los honorarios y los gastos avanzados por cuenta del cliente que prima sobre cualesquiera otros créditos cual que sea su naturaleza. Lo expresado coloca al abogado en un rango preferencial para el cobro de sus créditos.

SECCION IV –LIQUIDACION DE LAS COSTAS

Cómo se hace. Los art. 543 y 544 actualmente derogados por la Ley 302 de 1964, establecían una diferencia en cuanto a la liquidación de las costas: las causadas en un asunto sumario debían ser liquidadas en la misma sentencia; para las causadas en cualquier otro asunto se seguirían las reglas establecidas en la Tarifa de Costas Judiciales. Esta distinción desapareció con la regla general establecida por el art. 28 de la Tarifa de Costas Judiciales, según la cual los abogados, "en los tres días del pronunciamiento de una sentencia condenatoria en costas depositarán en secretaría un estado detallado de sus honorarios y de los gastos de la parte que representa"... "a fin de que pueda figurar al pie de la copia de la referida sentencia". Se consideraba que este plazo no era prescrito a pena de caducidad (Casación, 20 de febrero de 1935, B. J. 295, p. 44).

Actualmente, de acuerdo con el art. 9 de la citada Ley 302, los abogados "después del pronunciamiento de la sen-

tencia condenatoria, depositarán en secretaría un estado detallado de sus honorarios y de los gastos de la parte que representen" "ante el tribunal o corte que dictó la sentencia", salvo los casos que exceptúa dicha ley, para su aprobación.

Aprobación. Según se ha expresado, el juez o presidente de la Corte que dictó la sentencia condenatoria aprobará la liquidación, si es correcta, dentro de los cinco días que sigan a su depósito en secretaría (art. 9) (Casación, junio 1968, B. J. 691, p. 1323).

Cuando los gastos y honorarios fueren producidos con motivo de un procedimiento contencioso administrativo, asesoramiento, asistencia, representación y otra actuación que no hubieran culminado en sentencia condenatoria en costas, el estado de costas será depositado por el abogado en la secretaría del j. de Primera Instancia de su domicilio, para fines de aprobación. Los gastos y honorarios causados ante el T. de Tierras deberán ser aprobados por el Presidente del T. S. de Tierras (art. 10).

La liquidación, una vez probada, será ejecutoria tanto frente a la parte perdidosa que sucumbe, como frente al propio cliente por los honorarios y los gastos que hubiere avanzado por cuenta del cliente (art. 9 parr. I).

Asimismo, la parte gananciosa que hubiere pagado a su abogado dichos honorarios y gastos, podrá repetirlos frente a la parte sucumbiente, condenada al pago de dichos gastos y honorarios (art. 9 parr. II).

De acuerdo con lo que dispone el párrafo III del art. 9 en caso de existir pacto de cuota litis entre el abogado y su cliente, el juez o presidente de la corte al que se someta la liquidación no podrá apartarse al aprobar la liquidación, de lo convenido, salvo el caso de violación de dicha ley, especialmente lo dispuesto en el art. 3.

De acuerdo con el citado art. 9, la liquidación de las costas se hace por medio de la presentación de un estado contentivo de los *gastos* en que haya incurrido la parte, y de los *honorarios* a que tiene derecho el abogado de esa parte, tasados conforme a la Tarifa contenida en el art. 8 de la citada Ley.

La Ley no determina el orden en que deben ser insertadas las partidas de que se compone el estado; se puede, pues, o colocar esas partidas en el orden cronológico en que se han causado, o agrupar separadamente los gastos y honorarios.

Impugnación. De conformidad con lo que dispone el art. 11 de la L. 302, las liquidaciones de costas son impugnadas mediante instancia dirigida al tribunal inmediato superior: la liquidación aprobada por el J. de Paz será impugnada por el j. de primera instancia; la del j. de primera instancia ante la corte de apelación. La liquidación aprobaba por el presidente de la C. de apelación será impugnada ante la S. C. de Justicia; la aprobada por el Presidente de la S. C. de Justicia lo será por esta Corte en pleno (art. 10). (Casación: marzo, 1974, B.J. 760, p. 642 abril, 1974 B.J. 761, p.973; mayo 1968, B. J. 690, p. 1193; julio 1968, B. J. 692, p. 1643; agosto 1977, B. J. 801, p. 1532). A mas tardar a los dos días de presentada la instancia de impugnación el secretario citará a las partes por correo certificado ante el tribunal, quien deberá conocer del caso en los diez días que sigan a la citación. Las partes producirán sus argumentos en la audiencia fijada y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días que sigan a la audiencia.

La decisión que intervenga no es suceptible de oposición, y tendrá la fuerza ejecutoria que tienen los estados de gastos y honorarios aprobados conforme al art. 9 de dicha ley. (art. 11).[17]

SECCION V–LA ASISTENCIA JUDICIAL

Concepto. Es una forma de asistencia social que el Estado procura a las personas que carecen de recursos suficientes para defender sus derechos en justicia. Se halla regida por las disposiciones contenidas en el art. 78 de la L. de O. J. ref. por la L. 97 de 1931.

(17) Sobre el momento en que la liquidación de las costas adquiere la autoridad de la cosa juzgada, V. casación, enero, 1978, B. J. 806, p. 107. Sobre la ejecucón de las costas en casación, julio, 1974, B. J. 764, p. 2025.

Personas que pueden obtenerla. En materia civil y comercial este beneficio puede ser concedido "a los pobres de solemnidad o a aquellas personas físicas o morales, establecimientos públicos o de utilidad pública y asociaciones privadas cuyo objeto sea una obra de asistencia y que gocen de la personalidad civil, que, en razón de la insuficiencia de sus recursos se encuentren en la imposibilidad de ejercer sus derechos en justicia, ya como demandante o como demandado" (art. 78-d de la L. de O. J.). La L. 743 de 1934 exceptúa el divorcio.

Cómo se pide. La concesión de asistencia judicial se pide, verbalmente o por escrito, al procurador fiscal del distrito en que reside el solicitante, directamente o por mediación del jefe local de policía (art. 78-d-4 de la L. de O. J.). La solicitud deberá ir acompañada de certificaciones expedidas por el Jefe del Impuesto de la Propiedad (actualmente tendrá que serlo el Jefe del Departamento de Catastro), por el conservador de hipotecas, registrador de títulos, y por el jefe local de policía, en que conste el estado económico del solicitante (art. 78-d-9 de la L. de O. J.).

Cómo se concede. La solicitud deberá ser transmitida al tribunal que debe conceder la asistencia, directamente por el procurador fiscal. Si el juzgado en que actúa el procurador fiscal que recibió la solicitud no es el tribunal competente para conocer de ella, dicho fiscal enviará el expediente al Procurador General de la República, a fin de que apodere al tribunal competente (art. 78-d-5 de la L. de O. J.).

Si comprueba que en el solicitante concurren los requisitos exigidos, el tribunal le concede el beneficio de la asistencia judicial (art. 78-d de la L. de O. J.), designando al solicitante un abogado que lo represente en justicia y se encargue de los procedimientos del caso (art. 78-d-3 de la L. de O. J.).

En caso de extrema urgencia el agente del ministerio público ante el tribunal apoderado puede conceder provisionalmente el beneficio de la asistencia; después el tribunal resolverá definitivamente (art. 78-d-6 de la L. de O. J.).

Si el tribunal apoderado de la solicitud niega el benefi-

cio de la asistencia judicial, el interesado puede solicitarla ante el Proc. General de la República, quien apoderará del caso al tribunal inmediato superior (art. 78-d-1 de la L. de O. J.).

Extensión. La asistencia judicial conlleva naturalmente para el abogado la obligación de postular y defender en interés del asistido. Además, "se extiende de pleno derecho a los actos y procedimientos de ejecución que sea necesario llevar a cabo en virtud de las decisiones en vista de las cuales esta asistencia ha sido concedida". Por otra parte, la asistencia puede ser concedida "para todos los actos y procedimientos de ejecución a operar en virtud de las decisiones obtenidas sin el beneficio de esta asistencia, o de todos los actos, aun convencionales, si los recursos de la parte que persigue la ejecución son insuficientes" (art. 78-d-2 de la L. de O. J.).

La asistencia judicial se extiende a la defensa del asistido en los recursos de apelación y de casación intentados contra él: pero el asistido que quiera interponer estos recursos tiene que obtener al efecto una nueva concesión del beneficio de la asistencia (art. 78-d-8 de la L. de O. J.).

Efectos. La asistencia judicial conlleva exoneración provisional del pago de los impuestos fiscales y de los emolumentos de los oficiales ministeriales (art. 78-d-11 de la L. de O. J.). Por otra parte, el Estado avanza los gastos necesitados por los alguaciles, abogados y otros auxiliares de la justicia (art. 78-d-12 de la L. de O. J.).

Cuando el adversario del asistido es condenado en costas, esta condenación es pronunciada en favor del director del registro (art. 78-d-15-16 de la L. de O. J.), quien procederá luego a su cobro y distribución, pagando al abogado sus honorarios, y haciendo ingresar la parte correspondiente a los impuestos fiscales en la forma prevista por la ley.

Pérdida del beneficio. El asistido pierde el beneficio de la asistencia judicial cuando le sobrevienen recursos suficientes para costear la defensa de sus derechos, o si se comprue-

ba que obtuvo el beneficio fraudulentamente (art. 78-d-18 de la L. de O. J.).

CAPITULO III–LA EJECUCION PROVISIONAL[18]

SECCION I–PRINCIPIOS GENERALES–CASOS

En qué consiste. Uno de los efectos del ejercicio de las vías ordinarias de recurso (oposición y apelación) es el de suspender la ejecución de la sentencia atacada. Este efecto puede ser eliminado, en ciertos casos, mediante el pronunciamiento de la *ejecución provisional*, que es un beneficio que los tribunales pueden, y a veces deben conceder, a la parte gananciosa, en cuya virtud la sentencia puede ser inmediatamente ejecutada, aunque fuere impugnada por oposición o por apelación.

Justificación. De acuerdo con el Código de Pr. Civil, este beneficio extraordinario se justifica sea en razón de las muchas probabilidades de éxito definitivo que existen en favor de la parte que ha obtenido ganancia de causa, sea en razón de la urgencia que esa parte tenía en ejecutar el fallo obtenido. Estos principios, como se verá más adelante, han sufrido una profunda evolución en el derecho moderno.

Antigua legislación. Evolución. Antes de las modificaciones introducidas por la L. 834 de 1978, que recogió en parte las disposiciones de los arts. 514 a 526 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, existían de acuerdo con el art. 135 dos clases de ejecución provisional: una no obstante oposición (antiguo art. 155), otra, no obstante apelación (antiguos arts. 449 y 450).

Además, en relación a las sentencias en defecto, existía una ejecución provisional de carácter especial, la que podía

(18) Dalloz, Encyclopedie, Procedure, 2a. ed. Vos. Jugement; Execution des jugements et des actes; Execution provisoire, Frais et dépens; Nouveau Code procedure civile, 1983 (petit codes), arts. 430 a 526; 695 a 723; J. Vincent, Procedure civile, 19na ed.

intervenir durante el plazo de octava a partir de su notificación (antiguo art. 155). Por otra parte, las reglas aplicables en esta materia no eran las mismas para la jurisdicción civil y para el procedimiento comercial, o el j. de paz.

Se reprochaba a este sistema el de ser complicado y poco flexible.

En Francia, las reformas al sistema de la ejecución provisional establecidos en el C. de Pr. Civil se iniciaron con la ley del 23 de mayo de 1942 y posteriormente con los Decretos del 28 de agosto de 1972 y 17 de diciembre de 1973, hasta culminar con las disposiciones anteriormente señaladas del Nuevo Código. Esta evolución de la legislación francesa en lo que atañe a la ejecución provisional se encaminó principalmente a la eliminación de las diferencias entre las sentencias contradictorias y las sentencias en defecto, a la unificación del sistema del procedimiento para todas las jurisdicciones, así como la implantación de un sistema más flexible en lo concerniente a los poderes del juez en la apreciación de su oportunidad y procedencia, criterio que no estaría en lo adelante fundamentado únicamente en la existencia de la urgencia o de peligro en la demora.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 515 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, adoptado por el art. 128 de la L. 834 de 1978, "Fuera de los casos en que es de derecho, la ejecución provisional puede ser ordenada, a solicitud de las partes o de oficio, cada vez que el juez lo estime necesario y compatible con la naturaleza del asunto, a condición de que ella no esté prohibida por la ley. Puede ser ordenada para toda o parte de la condenación. En ningún caso puede serlo por los costos".

De la transcripción que antecede, pueden distinguirse tres casos: aquellos en que la ejecución provisional tiene lugar de pleno derecho (ejecución provisional legal); aquellos en que es prohibida por la ley; aquellos en que es dejada a la apreciación del juez (ejecución provisional facultativa).

De acuerdo con el antiguo sistema, podían distinguirse, además de la ejecución provisional legal, los casos de ejecución provisional judicial en los que la ley imponía al juez la

obligación de prescribir la ejecución provisional, y se trataba entonces de ejecución provisional judicial imperativa; o a veces le daba la potestad de hacerlo, y se trataba entonces de ejecución provisional judicial facultativa.

Ejecución provisional legal. Algunas sentencias son provisionalmente ejecutorias, no obstante oposición o no obstante apelación, ***de pleno derecho***, en virtud de una disposición expresa de la ley. En estos casos excepcionales, la ejecución provisional resulta del mismo contenido de la sentencia: la parte interesada no tiene que pedir que se la ordene; tampoco tiene el tribunal que prescribirla. Esto ocurre, por ej.: con las sentencias dictadas en materia de desahucio (art. 1o. 2o., ref. por la L. 571 de 1941); con las sentencias dictadas contra las personas que alteren el orden en la audiencia (art. 89 y 90); con las sentencias intervenidas respecto de la recusación de un juez o de un perito (art. 392 y 396); con las sentencias que decidan respecto de la constitución de un fiador (art. 521); con los autos dictados en referimiento (art. 105 de la L. 834 de 1978); con las sentencias pronunciadas en materia de compulsorio (art. 848); con las sentencias declaratorias de quiebra (art. 440 del C. de Comercio); las sentencias que ordenan medidas provisionales o conservatorias (art. 127 de la L. 834 de 1978).

Ejecución provisional prohibida. El antiguo art. 135 establecía que la ejecución provisonal podía ser prohibida por la ley, posibilidad ésta que también es planteada por el citado art. 128 de la L. 834.

En primer lugar, existe una prohibición que expresamente prevee la citada disposición legal: es cuando establece que en ningún caso la ejecución provisional puede ser ordenada por los costos.

En materia de orden, por ej. la ejecución provisional es prohibida. En efecto, el art. 765 del Código de Pr. Civil establece que la clausura del orden debe intervenir en los ocho días que sigan a la expiración del plazo de la apelación, o en caso de interposición del recurso, en los ocho días a contar de la sentencia sobre dicho recurso.

Ejecución provisional facultativa. Constitución de una garantía. Como se ha expresado , el art. 128 de la L. 834 reconoce la facultad al juez de ordenar la ejecución provisional cuando lo estime necesario y sea compatible con la naturaleza del asunto, siempre que no esté prohibida por la ley. Y, en virtud del art. 130 de la misma ley, esta ejecución provisional estará subordinada a la constitución de una garantía real o personal y podrá consistir además en una suma de dinero suficiente para responder de todas las restituciones y reparaciones salvo los casos que se tratarán más adelante, en los cuales la ejecución provisional no estará sujeta a dicha garantía.

Es indudable que la garantía a que se refiere la citada disposición legal se justifica en razón de que la ejecución provisional podría causar graves perjuicios materiales y morales a la parte perdidosa puesto que la sentencia puede ser reformada en oposición o en apelación, y la garantía serviría para que ésta pudiera obtener las restituciones o los daños y perjuicios que pudieren corresponderle. La víctima de la ejecución quedaría pues al abrigo de la insolvencia del ejecutante y parte gananciosa en primera instancia.

Los casos en los cuales el juez subordina la ejecución provisional a la prestación de una garantía son ilimitados, ya que el legislador sólo ha determinado aquellos en que esta garantía no tiene que ser prestada.

Casos en los que no es exigida una garantía. El citado artículo 130 establece que la ejecución provisional no estará sujeta garantía en los siguientes casos:

1o. *Cuando haya tituto auténtico.* Para entender esta disposición hay que recordar la diferencia que existe entre título auténtico y título ejecutorio. Todo título ejecutorio es necesariamente título auténtico; pero, inversamente, no todo título auténtico es título ejecutorio. Los ejecutorios son solamente los títulos enumerados en los art. 545 del C. de Pr. Civil ref. por la L. 679 de 1934 y 173 de la L. de R. de T., ref. por la L. 1860 de 1948. La parte portadora de un título ejecutorio no tiene que incoar una acción contra su deudor para

exigirle el cumplimiento de la obligación; ella puede proceder directamente a practicar una ejecución forzosa, esto es, sea una ejecución en naturaleza, sea un embargo. En este caso la vía de derecho puesta a disposición de la parte no es la acción en justicia sino la vía de ejecución. En cambio, la parte provista de un título simplemente auténtico, como por ejemplo de una acta de conciliación, tiene necesidad de intentar una acción en justicia para reclamar el reconocimiento de su derecho. El juez puede ordenar en este caso la ejecución provisional y sin fianza de su sentencia, en razón de las serias garantías de que se halla rodeado el acto auténtico, dado que es preparado o recibido por un oficial público, cuyas actuaciones son fehacientes.

2o. *Cuando haya promesa reconocida.* Se trata en este caso de un acto bajo firma privada reconocido como sincero por la parte a quien se le opone; este acto produce entre las partes el mismo efecto que un acto auténtico (art. 1322 del C. Civil). Si esa parte lo niega o lo desconoce, el acto bajo firma privada no llega a adquirir fuerza probatoria sino después que el interesado pruebe su sinceridad en el procedimiento de verificación de escritura.

El tribunal no podrá ordenar la ejecución provisional sin fianza de su sentencia sino cuando el acto bajo firma privada tiene fuerza probatoria, lo que ocurre en dos casos: si el acto ha sido espontáneamente reconocido como sincero por la parte contra quien es invocado; o si , contestada su sinceridad, la parte que lo invoca ha triunfado en el procedimiento incidental de la verificación. Hay que recordar, a este propósito, que la ley da por reconocido el acto bajo firma privada cuando el demandado incurre en el defecto en el procedimiento de la verificación.

3o. *Cuando haya condenación por sentencia no apelada.* La ley se refiere aquí a la hipótesis en que, después de pronunciada una sentencia, se presenten dificultades para su interpretación o su ejecución. El conocimiento de estas dificultades corresponde al mismo tribunal que dictó la senten-

cia (salvo si se trata de un juzgado de paz), y resuelve sobre el asunto mediante nuevo fallo cuya ejecución provisional y sin fianza puede ordenarse si el demandante se lo pide. Si ha intervenido apelación contra el primer fallo, el conocimiento de estas dificultades pasa a ser de la competencia del presidente de la Corte de Apelación, estatuyendo en referimiento, de conformidad con lo que disponen los arts. 138 y 139 de la L. 834 (sobre los poderes del presidente de la C. de Apelación, V. *Asuntos ante la C. de Apelación. - Poderes del Presidente,* en supra, libro VI, cap. IV, Sec. I).

Los casos enumerados anteriormente constituían en la antigua legislación, las situaciones en las cuales el juez estaba obligado, de conformidad con lo dispuesto por el antiguo art. 135 a conceder la ejecución provisional sin fianza (ejecución provisional imperativa).

En la actualidad, pese a que el art. 128 de la L. 834 adopta el principio establecido en el derecho francés (art. 515 del Nuevo Código) que reconoce un poder soberano del juez en el otorgamiento de la ejecución provisional, estos casos, y los que se enumeran a continuación, parece que conservan su carácter imperativo, en razón de que el legislador dominicano mantiene la fórmula del antiguo art. 135.

4o. Cuando se trate de fijacióny levantamiento de sellos y de formación de inventarios. Esta mención es prácticamente inútil, puesto que estos asuntos, siempre urgentes, son tramitados en la forma de los referimientos y, en este caso, el auto del juez como se ha expuesto, es ejecutorio provisionalmente de pleno derecho (art. 105 de la L. 834, 921, 928, 944).

5o. Cuando se trate de reparaciones urgentes, de lanzamiento de lugares, cuando no haya contrato de arrendamiento o cuando esté vencido el término estipulado en el contrato. Casos estos últimos de la competencia del j. de paz (art. 1o. mod. por la L. 845 de 1978).

6o. Cuando se trate de secuestrarios, comisarios y guardianes.[19]

7o. En los casos de admisión de fiadores y certificadores. El certificador es el fiador del fiador. Esta mención es también superabundante puesto que, de acuerdo con lo que dispone el art. 521 las sentencias intervenidas en esta materia son ejecutorias provisionalmente de pleno derecho.

8o. Cuando se trate de nombramiento de tutores, curadores y demás administradores. Como por ej. el consultor judicial y de rendición de cuentas. En cuanto a esto último, de acuerdo con el antiguo art. 135 se consideraba que éste abarcaba tanto la sentencia que ordena la rendición de cuentas como la que la aprueba.

9o. En materia de pensiones y de provisiones de alimentos, lo que se justifica por la naturaleza misma del asunto.

Estos últimos casos, eran considerados por el antiguo derecho, como de ejecución provisional facultativa (antiguo art. 135); el juez no estaba obligado a prescribir la ejecución provisional y sin fianza de su sentencia, sino que podía ordenar ésta si se le pedía y al hacerlo conceder ese beneficio, a su elección, con o sin fianza.

Existe una diferencia sustancial entre la legislación francesa y las disposiciones de la L. 834. En efecto, el art. 515 del Nuevo Código establece el principio general adoptado por el art. 128 de la L. 834 como se ha expresado. Pero respecto de la constitución de una garantía (art. 517 del Nuevo Código), reconoce al juez un poder soberano para acordarla o rechazarla: su constitución es posible en todos los casos.

En relación a las costas. Como antes se expresó el art. 128 de la L. 834 determina que la ejecución provisional no podrá pronunciarse por las costas. Se trata de un caso de ejecución provisional prohibida.

(19) El antiguo Art. 135 (Art. 130 de la Ley 834) mencionada además los "Comisarios", que no existen en nuestro derecho. En el antiguo derecho francés eran los guardianes de inmuebles embargados (Glasson, Précis de procedure civile, 2a. ed., I 539).

SECCION II - GARANTIA

Constitución. Como se ha expuesto, el art. 130 de la L. 834 establece que la ejecución provisional estará subordinada a la constitución de una garantía, real o personal, y podrá consistir además en una suma de dinero suficiente para responder de todas las restituciones y reparaciones. Sólo exceptúa los casos enumerados anteriormente.

El art. 131 de la citada ley establece, por otra parte, que la naturaleza, la extensión y las modalidades de la garantía son precisadas por la sentencia que prescribe la constitución. Asimismo, establece el art. 132 que, en caso de que la garantía consista en una suma de dinero, ésta será depositada en consignación en la Colecturía de Rentas Internas como también podrá serlo a solicitud de una de las partes, por el depósito de la suma de dinero en manos de un tercero comisionado a este efecto. En caso de que el juez ordene esta última medida, deberá hacer constar en su sentencia las modalidades del depósito y particularmente la tasa del interés que producirá la suma depositada.

En principio, es el litigante que solicita la ejecución provisional quien propone el tipo de garantía que está en condiciones de ofrecer: fianza, hipoteca, depósito de suma de dinero, prenda, etc. Pero corresponderá al juez determinar libremente la garantía que será suministrada, la que deberá garantizar al litigante lo mejor posible las restituciones y daños y perjuicios que pudieren eventualmente serle adeudados.

En caso de que el tercero rehusare el depósito, la suma será depositada en la Colecturía de Rentas Internas.

El art. 133 establece por otra parte que si el valor de la garantía no puede ser apreciado inmediatamente, el juez invitará a las partes a presentarse ante él en la fecha que fije, a fin de que sean presentadas las justificaciones sobre su valoración.

La misma disposición legal establece que la decisión sobre la garantía no es susceptible de recursos. Esta decisión

será mencionada sobre la minuta y sobre las copias de la sentencia.

Consignación. En los casos especiales en que se trata de condenación al pago de otras sumas que no consistan en alimentos o rentas indemnizatorias, la parte condenada puede evitar que se ordene la ejecución provisional, consignando, con autorización del juez, las especies o los valores suficientes para garantizar, en principal intereses y gastos, el monto de la condenación. Asimismo, en caso de condenación a la entrega de un capital en reparación de un daño corporal, el juez puede ordenar que este capital sea confiado a un secuestrario a cargo de entregar periódicamente a la víctima la parte de ella que el juez determine (art. 134 de la L. 834).

Por otra parte, el art. 135 de la citada ley permite al juez, en cualquier momento, autorizar la sustitución de la garantía primitiva por una garantía equivalente.

SECCION III – SUSPENSION DE LA EJECUCION PROVISIONAL

Competencia. Casos. De conformidad con lo establecido por el antiguo art. 136, "cuando los jueces hayan omitido pronunciar la ejecución provisional, no podrán ordenarla por una segunda sentencia, salvo a las partes el pedirla en apelación".

La ejecución provisional, una vez ordenada en primera instancia, no podía ser suspendida si no mediante el uso de las vías de la apelación.

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 137, 138 y 139 de la L. 834, la facultad de suspender la ejecución provisional ordenada por el juez del primer grado, compete exclusivamente al presidente del tribunal de alzada (dicha ley se refiere impropiamente al presidente de la c. de apelación), estatuyendo en referimiento, con motivo de un recurso de apelación, en los siguientes casos: 1o. si está prohibida por la ley: 2o. si hay riesgo de que entrañe consecuencias manifiestamente excesivas.

Por otra parte, el presidente en apelación, puede acordar la ejecución provisional cuando ésta no ha sido solicitada en primera instancia, o habiéndolo sido, el juez haya omitido estatuir, así como en el caso de que la ejecución provisional haya sido rehusada. La ejecución provisional puede ser suspendida asimismo en los casos de sentencias impropiamente calificadas en última instancia (art. 141 de dicha ley).

Desde luego, la ejecución provisional nunca podrá ser suspendida cuando se trata de una decisión ejecutoria de pleno derecho, como lo son por ej. las ordenanzas de referimiento (sobre los poderes del presidente *v.* Asuntos ante la c. de apelación. Poderes del Presidente, en el libroVI, Título VI, Cap. IV, Sec. I).

SECCION IV – EFECTOS DE LA EJECUCION PROVISIONAL

En cuanto a la parte perdidosa. La ejecución provisional puede ser total o parcial. Puede en efecto, ser acordada por el todo o parte de la condenación (art. 128 de la L. 834).

Esta posibilidad no era reconocida por el antiguo derecho: la ejecución provisional debía ordenarse por el total de las condenaciones.

En esta materia el juez tiene libertad para decidir, de acuerdo con las circunstancias de la causa, si procede o no acordarla en forma total o parcial.

De acuerdo con el principio general establecido en el art. 116 de la L. 834 la sentencia que ordena la ejecución provisional no puede ser ejecutada sino después de su notificación, a menos que la ejecución sea voluntaria.

Excepcionalmente, cuando los casos requieran celeridad la ejecución puede ser ordenada sobre minuta. Entonces la presentación de la sentencia vale notificación (v. el texto legal citado).

Pero, si la ejecución provisional ha sido subordinada a la prestación de una garantía, ésta deberá ser otorgada antes de la ejecución.

En cuanto a los terceros. La ejecución provisional por otra parte, puede ser ordenada contra un tercero en virtud de lo dispuesto por el art. 119 de la L. 834 en cuya virtud "Los levantamientos, radiaciones de seguridades, menciones, transcripciones o publicaciones que deben ser hechas en virtud de una sentencia, son válidamente hechos a la vista de la producción, por todo interesado, de una copia certificada conforme de la sentencia, o de un extracto de ella y si no es ejecutoria a título provisional, de la justificación de su carácter ejecutorio. Esta justificación puede resultar de un certificado expedido por el abogado".

La disposición legal transcrita, traducción del art. 506 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, puso fin al sistema del antiguo derecho, especialmente a las disposiciones del art. 548 del Código Civil que exigía que las sentencias que pronuncian la suspensión de un acto de oposición, la cancelación de una inscripción hipotecaria, un pago o cualquier cosa que deba hacer un tercero o que deba hacerse contra él, "no serán ejecutorias por dichos terceros o contra éstos, ni aún después de transcurridos los plazos de la oposición o de la apelación, sino en virtud del certificado del abogado de la parte ejecutante conteniendo la fecha de la notificación de la sentencia hecha en el domicilio de la parte condenada y en vista del certificado del secretario, haciendo constar que no existía contra la sentencia ni oposición ni apelación".

La ejecución de las sentencias contra terceros pues, obedecía a reglas muy estrictas, puesto que suponía que la sentencia para ser ejecutada, no podía ser susceptible de ninguna vía de recurso.

De aquí que la jurisprudencia francesa no admitía la posibilidad de que fuera ordenada la ejecución provisional de una sentencia contra un tercero, como por ej. contra un conservador de hipotecas, o un oficial del estado civil. Esta solucción era aplicada asimismo aún en los casos de ejecución provisional legal, como por ej. en los casos de ordenanzas de referimiento, aunque finalmente la corte de casación francesa lo admitió en este último caso.

Consecuencia de ello era que en muchos casos se usara el expediente de la citación al tercero en declaración en sentencia común, para hacerlo parte del proceso.

SECCION V – PROCEDIMIENTO – SENTENCIA

Cómo es solicitada y concedida. La demanda tendiente a obtener la ejecución provisional puede ser formada en todo estado de causa.

Según lo establece el art. 129 de la L. 834, la ejecución provisional debe ser ordenada por la decisión que estatuye sobre la contestación, salvo los casos previstos en los art. 138 y 139, esto es, cuando la ejecución provisional es ordenada por el Presidente en grado de apelación estatuyendo en referimiento.

Sentencias comerciales. La antigua legislación no contenía disposición expresa respecto a la ejecución provisional de las sentencias comerciales en defecto. En lo que respecta a las sentencias contradictorias, el art. 439 disponía que los j. de primera instancia podían ordenar la ejecución provisional de sus sentencias no obstante apelación y sin fianza, cuando haya título auténtico no impugnado o condenación precedente, acerca de la cual no se haya interpuesto apelación; en los demás casos, la ejecución provisional no podía ordenarse sino a cargo de fianza o justificandose solvencia bastante en aquel en cuyo favor se acuerda (v. Casación, 21 de diciembre, 1928, B. J. 221, p. 17). La ambiguedad de esta disposición dió lugar a diversas opiniones acerca de si en materia comercial la ejecución provisional era de derecho, o por el contrario se trataba de un caso de ejecución provisonal imperativa o facultativa, según que hubiera o no título no impugnado o condenación precedente. Como antes se expresó (v. supra, *Antigua legislación. Evolución).* la ejecución provisional de las sentencias comerciales contradictorias o en defecto, está regida por las disposiciones de carácter general del art. 128 de la L. 834.

Sentencias del J. de paz. En lo que respecta al procedimiento ante el J. de paz, el art. 17 del C. de Pr. Civil dispone que "la ejecución provisional y sin fianza se ordenará siempre que haya título auténtico, promesa reconocida o condenación anterior de que no se haya apelado" (v. Casación. 22

de agosto de 1919, B. J.111, p. 11). En los demás casos, el mismo art. 17 dispone que "el alcalde podrá ordenar la ejecución provisional de sus sentencias sin fianza, siempre que se trate de pensiones alimenticias, o que la suma no exceda de 70 pesos; y a cargo de fianza cuando excediera de dicha suma".

Como se ha expresado (v. supra, *Justificación),* el sistema establecido por los arts. 127 a 139 de la L. 834 tiende, entre otras cosas, a unificar el procedimiento para obtener la ejecución provisional en todas las jurisdicciones. En tal sentido, no parece que los poderes del j. de paz en esta materia, se encuentren limitados, en la actualidad, por el citado art. 17, sino que éstos se encuentran regidos por los principios establecidos en los arts. 128 y sigs. de la L. 834 de 1978.

CAPITULO IV – OTROS PRONUNCIAMIENTOS

Plazo de gracia. El art. 1244 del C. Civil, al mismo tiempo que autoriza al acreedor a negarse "a recibir en parte el pago de una deuda, aunque sea divisible", permite a los jueces "en consideración a la posición del deudor, y usando de este poder con mucha discreción, acordar plazos moderados para el pago, y sobreseer en las ejecuciones de apremio, quedando todo en el mismo estado: es lo que se llama conceder un plazo de gracia (Casación, 22 de diciembre 1983, B. J. 281, p. 24). Los art. 123 a 126 de la L. 834 de 1978, que derogaron los art. 122 y sig. del C. de Pr. Civil determinan la forma de conceder este plazo, y los efectos de su concesión.

La concesión de plazos de gracia constituye una merma al principio de la libertad de las convenciones, consagrada por el art. 1134 del C. Civil, puesto que, al otorgarlos, el juez autoriza al deudor a cumplir su obligación en otra época que la en que él había prometido. Se justifica esta facultad judicial extraordinaria por consideraciones de humanidad.

Salvas las restricciones que se consignarán luego, el juez tiene potestad discrecional para apreciar la oportunidad de conceder el plazo de gracia (Casación, 17 de marzo de 1937 B. J. 320. p. 143), para ponderar la necesidad que del plazo

tiene el deudor, para fijar la duración del plazo, y, por último, para tomar en consideración el daño que el otorgamiento del plazo pueda inferir al acreedor.

El plazo de gracia puede ser concedido de oficio a un deudor que no lo ha solicitado. Esto no implica decisión *ultra petita;* lo que en este caso hace el tribunal es otorgar al demandante menos de lo que él reclama, en beneficio del demandado.

La facultad que tienen los jueces de conceder plazos de gracia es una norma de orden público (Casación, 30 de mayo de 1935, B. J. 298, p. 176); el derecho del deudor de obtenerlo es, pues, irrenunciable.

El plazo de gracia puede ser motivo de una acción principal e introductiva de instancia, ejercida por el deudor contra su acreedor, con el fin de que se le conceda. En este caso la concesión del plazo constituye el objeto del pronunciamiento principal de la sentencia.

Todo deudor puede obtener plazos de gracia a menos que la ley lo prohiba, o que declare al deudor incapaz o indigno de obtenerlos. El art. 125 de la L. 834 prohibe conceder plazos de gracia, y quita al deudor el beneficio de los plazos obtenidos por él, en los siguientes casos: si sus bienes han sido embargados por otros acreedores; si se hubiera iniciado en su contra el procedimiento preliminar de la quiebra; si el deudor, por su hecho, hubiera disminuido las garantías que había dado por el contrato a su acreedor.

El plazo de gracia tiene que resultar de la misma sentencia que estatuye sobre la contestación, y mediante la cual el juez queda desapoderado del proceso (art. 123 de la L. 834; Casación, 22 de diciembre, 1933, B. J. 281, p. 22). Después de pronunciada la condenación, el deudor no puede solicitar el plazo de gracia, ni por acción principal, ni mediante oposición a las persecuciones incoadas contra él en virtud de la sentencia condenatoria.

De acuerdo con el art. 124 de la citada ley, el punto de partida del plazo de gracia es el día de la sentencia, cuando fuese contradictoria, y el de su notificación, cuando fuese en defecto o reputada contradictoria.

Cuando ha obtenido un plazo de gracia, el deudor no puede ser perseguido por el acreedor, hasta tanto expire el plazo; pero el acreedor puede practicar actos conservatorios de su derecho, dispone el art. 126 de la L. 834.

En los siguientes casos los tribunales no pueden otorgar plazos de gracia: cuando el acreedor haya hecho transcribir o inscribir un embargo sobre los inmuebles de su deudor (art. 1244 del C. Civil, adicionado por el art. 3 de la L. 764 de 1944; Casación, 23 de abril, 1933, B. J. 273, p.14); cuando se ha estipulado en una venta de inmuebles la resolución de pleno derecho si el comprador no paga el precio en un plazo determinado, y si dicho comprador no ha pagado a pesar de la intimación que se le ha hecho (art. 1656 del C. Civil); cuando en una venta con cláusula de retrocesión el vendedor no ha ejercido su derecho dentro del plazo estipulado (art. 1661 del C. Civil); en caso de préstamo de consumo, cuando se ha estipulado un término para la devolución (art. 1900 del C. Civil); para el pago del importe de una letra de cambio o de un pagaré a la orden (art. 157 y 187 del C. de comercio; Casación, 30 de mayo de 1936, B. J. 310, p. 258).

Cuando se trata de créditos garantizados con hipoteca, el art. 1244 del C. Civil, adicionado por el art. 3 de la L. 764 de 1944, dispone: 1ro., que el plazo de gracia no excederá de seis meses, y que solamente podrá ser concedido a los deudores que hayan pagado intereses de su deuda, o que los paguen en el momento de pedir el plazo. 2o., que el beneficio del plazo de gracia se pierde desde el momento en que se compruebe que el deudor no está cumpliendo con las condiciones mediante las cuales le fue otorgado.

Indemnizaciones a liquidar por estado. El cobro de una indemnización puede ser el objeto único de la acción en justicia; en este caso el pronunciamiento principal contenido en la sentencia es la condena a pagar la indemnización. Pero es posible que la sentencia contenga una condenación principal, por ej. el pronunciamiento de la nulidad o de la resolución de un contrato, al mismo tiempo que condene al demandado a indemnizar al demandante el perjuicio que le ha causado. En estos casos la condenación al resarcimiento de los daños

constituye un pronunciamiento accesorio con respecto al pronunciamiento de la nulidad o de la resolución.

La materia de las indemnizaciones reparatorias de los daños causados al demandante está regida diferentemente, según que se trate de partes ligadas por una convención o de partes entre las cuales no existe relación convencional alguna. En el primer caso hay falta contractual, y la reparación del daño está regulada por los art. 1146 y s. del C. Civil. En el segundo caso hay falta delictiva, y la reparación del daño está regulada por los art. 1382 y s. del C. Civil.

En la sentencia que condene al pago de una indemnización el tribunal puede optar, de conformidad con lo que dispone el art. 128, entre liquidar la indemnización en la misma sentencia u ordenar que la liquidación sea hecha por estado.

Toda demanda en reparacion de perjuicios promueve, en efecto, dos cuestiones sucesivas: la de saber si hay perjuicio, y la de determinar el monto del perjuicio. Cuando la primera cuestión ha sido resuelta afirmativamente, el art. 128 manda que el tribunal, si tiene desde ese momento en su poder los elementos necesarios para efectuar la evaluacion del perjuicio, lo haga por la misma sentencia que estatuye sobre lo principal. Si, por el contrario, no es posible hacer esa evaluación en la misma sentencia, el art. 128 manda que el tribunal ordene que la liquidación sea hecha por estado. Los art. 523 y 524 prescriben el procedimiento a seguir en este caso. El demandante debe dar a conocer a la parte demandada, por acto de abogado a abogado, la evaluación de los perjuicios; a ese acto debe responder el demandado, en la misma forma, haciendo al demandante oferta de la suma en que estime los perjuicios. Si el demandado no hace ofertas o si las que hizo no son aceptadas por el demandante, el asunto es llevado a audiencia por simple acto. El tribunal dicta entonces una segunda sentencia que liquida los perjuicios.

Se admite generalmente que el tribunal puede, al dictar la sentencia condenatoria al pago de una indemnización a liquidar por estado, conceder al demandante, a título

provisional, el derecho de cobrar, antes de la liquidación, la suma que, desde ese primer momento, aparezca ciertamente exigible.

Antes de la puesta en vigor de la L. 91 de 1983, que creó el Colegio de Abogados, ante los j. de paz y en materia comercial ante los j. de primera instancia, este procedimiento se llevaba a cabo mediante notificaciones a las partes; siendo obligatorio a partir de la citada ley el ministerio de abogado, no parece haber distinción y las notificaciones serán hechas por acto de abogado a abogado.

Restitución de frutos. La demanda en restitución de frutos puede ser el objeto único del proceso, o puede constituir, en cambio, un accesorio de la demanda principal. Esto ocurre, por ej., en la reivindicación dirigida contra un poseedor de mala fe, quien debe restituir al demandante el inmueble reivindicado conjuntamente con los frutos que haya producido (art. 549 del C. Civil). Sea que la restitución de frutos constituya el pronunciamiento principal o que sólo constituya un pronunciamiento accesorio de la sentencia, el procedimiento es el mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 129. Esas sentencias "ordenarán que sea en naturaleza por lo que respecta al último año; y por lo que hace a los años precedentes, según los precios corrientes en el mercado más próximo; teniéndose en cuenta las estaciones y los precios comunes del año; y a falta de precios corrientes, por la opinión de peritos". El art. 129 agrega que si fuere imposible la restitución en naturaleza de los frutos del último año, "se hará del mismo modo prescrito para la de los años precedentes".

Supresión de escritos calumniosos. El art. 1036 dispone que los tribunales podrán, aun de oficio, pronunciar por mandamiento expreso la supresion de memoriales y otros escritos calumniosos. Este poder puede ser ejercido por todos los tribunales, ordinarios o de excepcion y por la S. C. de Justicia (Casación, 19 de febrero, 1982, B. J. 855, p. 231).

Publicación del fallo. El mismo art. 1036 autoriza a todos los tribunales, en las mismas condiciones, a prescribir la publicación de sus sentencias por medio de la prensa. Esta

medida puede ser prescrita conjuntamente con la que ordena la supresión de un escrito calumnioso, o ser ella sola motivo de un pronunciamiento.

TITULO V – EXPEDICION Y NOTIFICACION

Original y copias. Luego de pronunciada, el original de la sentencia queda a cargo del secretario, como parte del archivo del tribunal que él tiene bajo su custodia (art. 72 de la L. de O. J.), y de la cual tendrá que expedir copias. Estas son de dos clases: primera copia ejecutoria y copias no ejecutorias.

La *primera copia ejecutoria* de la sentencia es la que el secretario está obligado a expedir a la parte que ha obtenido ganancia de causa (art. 545 ref. por la L. 679 de 1934), y solamente a ella en esa calidad. Esto es importante en vista de la disposición del art. 1238 del C. Civil, según la cual la entrega de esta primera copia a la parte perdidosa vale como presunción de quita o de pago, salva la prueba contraria. Cuando varias partes han obtenido ganancia de causa, cada una tiene derecho a obtener una primera copia ejecutoria. Esta primera copia ejecutoria de la sentencia es un *título ejecutorio*, en cuya virtud la parte gananciosa puede ejercer las *vías de ejecución* contra la parte perdidosa.

Cuando una primera copia ejecutoria es destruida o perdida accidentalmente, la parte gananciosa puede obtener del secretario una segunda primera copia ejecutoria, mediante el cumplimiento de los trámites previstos en los art. 844, 853 y 854.

La ley no ha previsto la pérdida o la destrucción del original de una sentencia civil o comercial. Se admite que en este caso son aplicables, por analogía, las disposiciones contenidas en los art. 378 y 379 del C. de Pr. Criminal: toda persona que tenga en su poder una copia auténtica de la sentencia cuyo original haya sido destruido está obligada a entregarla en secretaría, a fin de que sea considerada como original, pudiendo esa persona exigir que se le expida gratuitamente otra copia auténtica.

Las copias no ejecutorias, sean certificadas o simples, deben ser expedidas por el secretario a todo el que las solicite, mediante el único requisito de que pague el importe de los impuestos correspondientes. Es una aplicación del principio de la publicidad del ejercicio judicial, y particularmente de los registros judiciales (art. 87 y 853).

La notificación. Es el acto procesal preparado a requerimiento de una de las partes del proceso, mediante el cual la sentencia es llevada a conocimiento de la otra parte. En regla general, la ley no considera suficientemente conocida la sentencia por la parte que sucumbe por el sólo hecho de su pronunciación en la audiencia: *paria sunt non esse et non significari.* Esto no significa, sin embargo, que todos los efectos de la sentencia se produzcan únicamente a partir de su notificación. Desde el momento de su pronunciación, la sentencia produce algunos efectos: contiene una declaración de derecho en favor de la parte gananciosa, y ésta puede practicar desde ese momento los actos conservatorios de su derecho, especialmente el de inscribir o el de registrar la hipoteca judicial.

La notificación de la sentencia tiene dos finalidades: sirve de preliminar a la ejecución forzosa; hace correr los plazos para el ejercicio de las vías de recurso (Casación, 15 de octubre de 1926, B. J. 195, p. 3; 30 de octubre de 1934, B. J. 327, p. 576[20])

Conviene no obstante, tener en cuenta, como se expondrá más adelante (infra, Cap. V), que en la actualidad, de acuerdo con los principios establecidos en la L. 834 (arts. 113 y s.) la sentencia adquiere la fuerza ejecutoria cuando no es susceptible de ningún recurso ordinario.

Hay sentencias que pueden ser ejecutadas sin necesidad de ser notificadas, como por ej. la que da acta de la constitución del abogado en audiencia en caso de demanda a breve plazo (art. 76).

En todas las materias en que el ministerio de abogado es

(20) El asunto será tratado a propósito de los recursos.

obligatorio, las sentencias son objeto de dos notificaciones: una al abogado, otra a la parte.

Por consiguiente, todas las sentencias del j. de paz, de los j. de primera instancia tanto en materia civil como comercial, las de c. de apelación, deberán ser objeto de esta doble notificación.

Notificación a abogado. De acuerdo con lo expresado, y en virtud de lo dispuesto por el art. 147 del C. de Pr. Civil y 17 de la L. 91 de 1983, las sentencias deben ser siempre notificadas al abogado de la parte adversa, en los casos en que haya abogado constituído. En ciertos casos basta la notificación al abogado; pero generalmente la sentencia debe también ser notificada a la parte.

La notificación de la sentencia al abogado es un acto de indiscutible utilidad. En los asuntos antes indicados el abogado asume la entera representación de su cliente; a él corresponde pues, aconsejarle acerca del partido que debe tomar frente a una sentencia desfavorable; ejecutarla en caso de conformidad; interponer el correspondiente recurso en caso contrario.

La notificación al abogado es la únicamente exigida cuando se trata de una sentencia preparatoria o de una sentencia interlocutoria, en razón de que se trata de fallos encaminados a la instrucción del asunto, la cual se halla confiada a los abogados. También es suficiente la notificación al abogado cuando la sentencia, aun siendo provisional o definitiva, no contiene condenación.

Es discutida la cuestión de saber si basta la notificación al abogado cuando se trata de sentencia que ordena una medida de instrucción en que la parte deba participar personalmente, como por ej. una comparecencia personal, un juramento. Se ha pretendido que en este caso sería necesario notificar también la sentencia a la parte misma; pero no exigiéndolo expresamente la ley, es preciso admitir que basta la notificación al abogado.[21]

(21) En Francia, el art. 152 del Nuevo Código de Procedimiento Civil expresa que las sentencias que ordenan o modifican una medida de instrucción en el curso de la instancia no tienen que ser notificadas. Los arts. 154, 157 y 160 no se refieren realmente a notificaciones, sino a convocatorias a cargo del tribunal; en lo que respecta a la ejecución de dichas sentencias se establece que éstas serán ejecutadas por iniciativa del juez o de las partes, según las leyes propias de la materia, en virtud de un extracto o de una copia certificada de la sentencia. Las modificaciones introducidas por la L. 834 de 1978 (arts. 97 a 99) ponen a cargo del secretario la convocatoria de los testigos, y la de suministrar a las partes una información de la fecha en que se realizará la medida de instrucción, pero no se refieren expresamente a la notificación de la sentencia que la ordena, aunque la convocatoria supone que por lo menos suscintamente se da a conocer el fallo a los testigos y a la parte. Como no existe por tanto previsión legal respecto de la notificación al abogado, parece necesario observar esta formalidad de acuerdo con lo expresado, salvo cuando la sentencia fuere dictada en presencia de las partes y de sus abogados, en cuyo caso tendrían conocimiento legal.

Cuando no hay abogado en causa, porque ha muerto o ha cesado en el ejercicio de la profesión, basta la notificación a la parte (art. 148), debiéndose mencionar en esa notificación el hecho que motiva la falta de abogado.

Cuando hay varias partes con distintos abogados, cada uno de éstos debe recibir una copia de la notificación de la sentencia. Cuando varias partes han constituído colectivamente a un único abogado, se admite generalmente que basta una sola notificación a éste; pero es preferible, especialmente cuando las partes no tienen el mismo interés, hacer tantas notificaciones como partes haya.

Notificación a parte. Cuando se trata de sentencias definitivas o de sentencias provisionales que contengan condenación, la ley exige que sean también notificadas a la parte condenada, a su persona o en su domicilio, y que en la notificación se mencione que la sentencia fue también notificada al abogado (art. 147).

Cuando hay varias partes condenadas, cada una de ellas debe recibir una copia de la notificación de la sentencia, conforme al principio general que rige en esta materia (supra, Libro III, Cap. I, Sección I), aún cuando ellas sean marido y mujer.

Notificación conjunta. En la práctica, si el abogado y su cliente residen en la misma localidad, se acostumbra hacer la notificación de la sentencia a ambos simultáneamente, mediante un solo acto.

Mención del plazo del recurso. De acuerdo con el art. 156 mod. por la L. 845 de 1978, la notificación de la sentencia en defecto o reputada contradictoria deberá contener a pena de nulidad, la mención del plazo de la oposición fijado por el art. 157 o del plazo de la apelación establecido por el art. 443, según sea el caso (Casación: 13 de febrero, 1984, B. J. 879, p. 243; 28 de julio, 1984, B. J. 884, p. 1830).

Ejecución sobre original. El art. 116 de la L. 834 establece como regla general que las sentencias no pueden ser ejecutadas contra aquellos a quienes se les opone sino después de haber sido notificadas, a menos que la ejecución sea voluntaria. Dicha disposición consigna la excepción, al establecer que, en caso de ejecución sobre minuta, la presentación de ésta vale notificación. Este principio ha sido establecido además en los art. 17 del C. de Pr. Civil para las sentencias de los j. de paz y 24 de la L. de O. J. ref. por la L. 735 de 1934, que autorizan al juez a ordenar, en los casos que hubiere peligro en el retardo, la ejecución de la sentencia sobre original. El art. 105 de la L. 834 para los referimientos, autoriza al juez "en caso de necesidad" a ordenar la ejecución a la vista de la minuta.

En estos casos, el original es entregado al alguacil, a fin de que proceda a los actos de ejecución, y lo devuelva después al secretario.

Sentencias del T. de Tierras. De las sentencias intervenidas en el proceso de saneamiento inmobiliario no hay necesidad de expedir copias a los interesados, porque los trámites posteriores a la pronunciación están a cargo, no de ellos, sino del Secretario y del mismo tribunal.

Como se ha expuesto, en efecto, la sentencia dictada en jurisdicción original pasa automáticamente al T. S. de Tierras, para ser revisada, haya o no recurso de apelación. Por otra parte, la sentencia emanada del T. S. de Tierras, es ejecutada mediante la expedición de un decreto de registro, que va a constituír, una vez transcrito en el libro-registro, el primer certificado de título de los derechos mandados a registrar por la sentencia.

Los plazos para impugnar las sentencias del T. de Tierras, corren a partir de su *publicación*, formalidad que, en esta materia, reemplaza a la notificación, y que consiste en su fijación en la puerta principal del tribunal (art. 118 y s. de la L. de R. de T.).[22]

Además, el secretario deberá remitir copia del dispositivo de la sentencia a las partes interesadas; pero el plazo para interponer los recursos comienza a computarse a partir de la publicación, no a partir del envío del aviso (art. 118 y s. de la L. de R. de T.).

(22) Este sistema de llevar a conocimiento de los interesados el contenido de la sentencia es evidentemente imperfecto, porque supone que las partes mantienen una estricta vigilancia sobre la marcha del proceso de saneamiento, y qué en consecuencia se hallan en condiciones de verificar, con el examen de las sentencias fijadas en la puerta del tribunal, cuándo ha sido publicada la que les concierne. Tal suposición, es como se comprende, absolutamente infundada. La inmensa mayoría de los reclamantes en el saneamiento inmobiliario son personas pobres e inexperimentadas, ignorantes de los trámites procesales, y casi siempre abrumadas por las inmediatas preocupaciones del trabajo cotidiano. Asisten al jucio del saneamiento para declarar simplemente que mantienen la reclamación que un momento antes le han preparado, tal vez no muy cuidadosamente, y se retiran a sus domicilios para no recordar más el asunto. Ignoran cuando la causa fue fallada, y en qué sentido. Andando el tiempo, puede que se enteren, casualmente, de que el tribunal de jurisdicción original rechazó su reclamación, ya en un momento en que transcurrió el mes que tenían para apelar, y cuyo punto de partida fue precisamente esa "publicación" que ignoraron. Menos mal si el T. S. de T., asumiendo la defensa de ellos, en la revisión, enmienda el yerro del primer juez. Si no ocurre esto, los derechos de esos reclamantes quedarán definitivamente purgados o extinguidos con la sentencia final del T. S. de T. intervenida con relación al saneamiento. Esos indefensos reclamantes, así juzgados, condenados y despojados de sus derechos, despertarán a la realidad cuando se enteren de que otra persona ostenta en su poder el certificado de título correspondiente a lo que ellos reclamaron. Es posible que la desagradable noticia les llegue cuando todavía no ha expirado el plazo de un año impartido para impugnar el proceso de saneamiento por causa de fraude; pero esta vía extraordinaria está erizada de difcultades, unas en irtud de la ley, otras como consecuencia de la interpretación harto estricta que se le ha dado a la ley. Si ese plazo de un año ha trancurrido, no les queda entonces a esos reclamantes preteridos sino la acción contra el Estado en reparación del daño que les haya podido causar una inadecuada aplicación de la L. de R. de T.; pero siendo bastante difícil establecer la existencia de las condiciones requeridas para el éxito de esta acción, es lo más probable que tales víctimas de una demasiado mecánica aplicación de la L. de R de T. pierdan inexorablemente no ya la oportunidad de obtener el reconocimiento de sus derechos, sino también la ocasión de resarcirse del daño sufrido, cuya principal causa hay que buscar, única y exclusivamente, en su debilidad económica y en su impreparación técnica y jurídica.

TITULO VI–EFECTOS DE LA SENTENCIA

CAPITULO I–PRINCIPIOS GENERALES

Enumeración. Con la salvedad de ciertas excepciones que serán indicadas oportunamente, la sentencia, por ser el acto jurisdiccional que termina la instancia, produce estos efectos: 1o., desapoderamiento del tribunal del conocimiento del proceso; 2o., declaración o constitución de un derecho o de una situación jurídica, según los casos; 3o., autoridad de cosa juzgada; 4o., fuerza ejecutoria; 5o., hipoteca judicial.

Cuándo se producen. Estos efectos se producen, normalmente, en el acto de pronunciación de la sentencia. Otras formalidades posteriores a la pronunciación, especialmente la notificación de la sentencia, vienen a reforzar o a confirmar sus efectos.

CAPITULO II–DESAPODERAMIENTO

En qué consiste. Con la pronunciación de la sentencia el tribunal agota sus poderes jurisdiccionales. Queda, por consiguiente, desapoderado del proceso (S. C. de Justicia, 3 de septiembre de 1943, B. J. 378, p. 789): *lata sentencia, iudex desinit esse iudex.* Después de la pronunciación de su sentencia el tribunal no puede volverse a poner en contacto con el proceso, aunque se lo requieran todas las partes, ni mucho menos de oficio. La sentencia, una vez pronunciada, pertenece a las partes, y solamente ellas tienen desde ese momento iniciativa para hacerla revocar o modificar, cuando sea contraria a sus pretensiones, recurriendo, según los casos, sea ante el mismo tribunal (oposición, revisión civil), sea ante un tribunal superior (apelación). Este principio del desapoderamiento del juez, y el que inviste a la sentencia con la autoridad de la cosa juzgada, se basan en un motivo idéntico, el de que la sentencia pone fin al proceso. Aplicaciones particulares de ambos principios son las prohibiciones impuestas al juez, después de pronunciada la sentencia, de conceder un

plazo de gracia (art. 123 y s. de la L. 834 de 1978), y de prescribir la ejecución provisional (arts. 127 y s. de la citada ley).

Limitaciones. El principio del desapoderamiento del juez no es absoluto. Admite las siguientes excepciones: 1a. cuando se trata de sentencias provisionales; 2a., el juez puede interpretar su sentencia; 3a., el juez puede corregir su sentencia; 4a., ciertas vías de recurso (oposición, revisión civil, revisión por causa de fraude en el proceso de saneamiento inmobiliario, tercería) pueden apoderar nuevamente al juez del conocimiento del proceso.

Sentencias provisionales. Como se ha expuesto, estas sentencias, al no adquirir nunca la autoridad de la cosa juzgada, tampoco producen el desapoderamiento del juez; en todo momento, antes que la instancia se termine, las partes pueden requerirle que modifique o revoque su decisión, frente a la superveniencia de un cambio en el estado de las cosas que existía en el momento en que intervino la sentencia provisional.

Sentencias condicionales. Una práctica judicial cuya legalidad encontró fuertes críticas en la doctrina admite que en ciertos casos el tribunal puede, al condenar al demandado, fijar una *multa* por cada día de retardo en la ejecución de la sentencia. Es definida como una condenación pecuniaria pronunciada por el juez, cuyo fin es vencer la resistencia del deudor recalcitrante, y constreñirlo a la ejecución de la sentencia. Puede ser *definitiva* o *provisional.* En el primer caso, que es el más eficaz, el juez fija de antemano la suma a la que se condena al deudor por cada día de retardo en la ejecución de la sentencia; una vez ocurrido el retardo en la ejecución, no estaría sujeta a modificación. En el segundo caso, el juez condena al deudor a la multa, reservándose la posibilidad de revisar su decisión, lo que obliga al acreedor a dirigirse nuevamente al juez para obtener su liquidación.

No es, por otra parte, una condena a pagar indemnización. Es una medida por la cual el juez usa, no ya de su poder de decidir (*iurisdictio*), sino de su facultad de asegurar el cumplimiento de lo decidido (*imperium*).

La jurisprudencia francesa, creadora del sistema de las *multas conminatorias o astreintes*, en sus orígenes no había establecido una separación entre el astreinte y los daños y perjuicios, de tal manera que el juez al liquidar un astreinte, debía justificar que el monto liquidado era el equivalente al perjuicio experimentado por el acreedor cuando no se ejecutaba la obligación definitivamente o en el tiempo previsto. Pero a partir del año 1950, la jurisprudencia francesa se inclinó en el sentido de considerar que el astreinte es una medida de constreñimiento distinta de los daños y perjuicios; es un medio de vencer la resistencia a la ejecución de una condenación, y no tiene por objeto compensar el daño nacido del retardo, que es normalmente liquidado en función de la gravedad de la falta del deudor recalcitrante y de sus facultades (v. Civ. 20 de octubre, 1959, D. 1959, 537; Civ., 20 de mayo de 1960, Sem. Jur. 1960, II, 11449; Civ. 17 de enero, 1961, Bull civ. 1961, I, No. 40, p. 33).

Un asunto fuertemente discutido por la doctrina es el de determinar si podría el acreedor practicar medidas ejecutorias en virtud de una sentencia que condena a astreintes. Se considera que, no siendo un crédito cierto, liquido y exigible, la sentencia que condena al astreinte de carácter condicional y provisoria, que no tiene por tanto la autoridad de la cosa juzgada, no podría constituír un título que justifique una ejecución. No obstante, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que puede justificar un embargo retentivo por lo menos en su fase conservatoria, ya que el acreedor posee un título en los términos del art. 547. Lo que no podría el acreedor es obtener su validación. De no ser así, el astreinte perdería su eficacia, al no poder el acreedor ejercer por lo menos medidas conservatorias como son los embargos retentivos por lo menos en su fase conservatoria (v. en este sentido, Casación, 8 de noviembre, 1972, B. J. 744, p. 2737).

Estas condiciones (liquidez, certidumbre y exigibilidad),

afirman los defensores de la validez del uso de las medidas ejecutorias, se cumplen, puesto que el astreinte es pronunciado bajo una condición suspensiva, y si esta condición se realiza, no hay obstáculos legales para la ejecución.

Por otra parte, mientras la resistencia del deudor no se ha consumado, nada impide que el crédito exista provisionalmente, y pueda servir de base a un embargo como cualquier otro crédito bajo condición resolutoria.

La exigibilidad del crédito por otra parte, se justifica, porque el astreinte, que no puede equipararse a un plazo de gracia, sino que efectivamente es un medio de constreñimiento, sólo puede ser detenido por el ejercicio de una vía de recurso (apelación, oposición), salvo que se haya obtenido la ejecución provisional, o que sea ésta de derecho.

En Francia, la institución del astreinte fue consagrada legalmente en forma general, en virtud de la L. 72-626 del 5 de julio de 1972, luego incluída en el Nuevo Código de Procedimiento Civil por disposiciones expresas en los arts. 11, 134, 137, 139, y 491.

La L. 834 de 1978 lo consagra en los arts. 53 y 54 cuando faculta al juez en el procedimiento de la comunicación de documentos a condenar a astreintes en los casos de negativa de una parte a restituir los documentos comunicados. El art. 107 de la referida L. 834 autoriza al juez, en referimiento a pronunciar condenaciones a astreintes, pudiendo liquidarlos a título provisional. Pero, de manera general, la condenación a astreintes es de uso frecuente en todas las jurisdicciones, incluyendo el T. de Tierras.

Se admite asimismo, que tiene carácter condicional la sentencia que condena a pagar una indemnización a liquidar por estado, así como las que imponen una pensión alimenticia en materia de divorcio.

La jurisprudencia y doctrina consideran que estas decisiones de carácter condicional, no contradicen el principio del desapoderamiento del juez.[23]

(23) V. respecto de las multas conminatorias o astreintes: Savatier, *L' execution des condemnations au payements d' un astreinte*, D. 1951, Chroniquee 37; H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Lecon de droit civile, Tomo II, pág. 823*

Interpretación de la sentencia. Se admite generalmente que el tribunal puede, si una de las partes se lo solicita, previa citación a su contraparte, emitir una *interpretación* de su sentencia, cuando en ésta exista una disposición oscura o ambigua (Casación, 10 de marzo de 1919, B. J. 104, p. 4).[24] La interpretación reviste la forma de una sentencia interpretativa, el tribunal no puede introducir modificación alguna en la sentencia interpretada.[25]

Todo tribunal, ordinario o de excepción, tiene facultad para interpretar sus decisiones, aunque, en el momento en que es apoderado de la demanda de interpretación, se halle desempeñado o compuesto por magistrados distintos de los que emitieron el fallo cuya interpretación es pedida.

La demanda de interpretación no es posible desde que la sentencia ha sido impugnada por una vía de recurso.

Corrección de la sentencia. Se reconoce generalmente que el tribunal puede, también a pedimento de parte interesada, reparar, corregir o enmendar las *omisiones y los errores materiales* en que haya podido incurrir en la sentencia. Así, por ej., el tribunal puede, por una segunda sentencia: designar el juez comisario que omitió nombrar en el fallo que

y s. Dr. Rafael Ml. Luciano Pichardo, De los astreintes, en *Estudios Jurídicos*, Tomo II, Vol. II, Ed. Capaldom, p. 85 y s.; el mismo autor, *Astreinte y embargo retentivo*, en Estudios Jurídicos, Tomo III, Vol. II, Dr. Jottin Cury, *Consideraciones sobre astreintes*, en *Estudios Jurídicos*, Tomo III, Vol. I. *Rev. Trim. de der. civ.* 1950, p. 403 y 367; Civ. 2, 9 de octubre, 1975, D. 1975, I. R. p. 256. Sobre el astreinte contra el Estado, Casación, 27 de noviembre, 1985, B. J. 900, p. 2987..

(24) En Francia esta facultad del juez está prevista en el art. 461 del Nuevo Código de Procedimiento Civil en cuya virtud "pertenece a todo juez interpretar su decisión si no ha sido apelada. La demanda en interpretación es formada por simple requerimiento de una de las partes o por requerimiento común. El juez se pronuncia una vez de las partes han sido oídas o citadas".V. en relación con esta facultad del juez, Rev. trim. der. civ. 1946, 147. Civ. 5 de diciembre, 1962, Bull, civ. I, No. 522; 14 de junio, 1965, ob cit. I, No. 389; Soc. 29 de enero, 1965, Ob cit. IV, No. 85 citadas por Dalloz, Enciclopedie, Procedure, 2a. ed. Vo. Jugement, No. 491 y s.

(25) Respecto de esta prohibición v. Civ. 30 de marzo, 1965, Bull civ. I, No. 231, 23 de junio, 1965 ob. cit. II, No. 547; Civ. 16 de enero, 1969, ob. cit. III, No. 49; 18 de enero, 1972, ob. cit. III, No. 38; 8 de diciembre, 1971, ob. cit. I, No. 313, citadas por Dalloz , ob. cit. No. 512. 5 de julio, 1978, Bull, civ. I, p. 202; Civ. 3a. 23 de octubre, 1979, ob. cit. III, p. 144; Civ. 2a. 16 de julio, 1980, ob. cit. II, p. 126, citadas por Dalloz, Nouveau Code de Procedure Civile, 1983, (Petit codes), art. 461.

ordena una información testimonial; rectificar un error en la designación de una de las partes; enmendar un error de cálculo. Al proceder así, el tribunal no violará la autoridad de la cosa juzgada inherente a su decisión; más bien la corrobora con algo que le es necesario para su cabal integración. La sentencia correctora pasa a formar un todo con la sentencia corregida. En todo caso, para que el tribunal pueda usar de esta facultad de corrección, es indispensable que la misma sentencia cuya enmienda se pide suministre los elementos necesarios para efectuar la corrección.

Después de intentada una vía de recurso contra la sentencia, la demanda de corrección viene a ser inadmisible. Si el recurso es la oposición o la revisión civil, corresponde al mismo tribunal, al sustituír su primera sentencia por otra que estatuya respecto del recurso, eliminar los errores u omisiones en que incurrió la primera vez; si el recurso es la apelación, corresponde al tribunal del segundo grado reparar esos errores u omisiones.[26]

Vías de recurso. La oposición, la revisión civil, la revisión por causa de fraude de las decisiones del T. de Tierras, la tercería son vías de recurso mediante las cuales el proceso vuelve a plantearse ante el mismo tribunal que dictó la sentencia.

(26) El art. 462 del Nuevo Código establece que los errores y omisiones materiales de una sentencia pueden siempre ser reparados por la jurisdicción que la dictó o por aquella a la que es deferida aunque la decisión haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, de acuerdo con los elementos que se desprendan del expediente, o a falta de éste, de lo que sea razonable. Puede serlo a solicitud de las partes o de oficio. V. al respecto la jurisprudencia citada por Dalloz, Nouveau Code de Procedure Civile, 1983 (petit codes) 1983, art. 462, las interpretaciones de la jurisprudencia francesa sobre los casos en que no puede haber rectificación: omisiones imputables a las partes, civ. 2a. 6 de mayo, 1976, Bull civ. II, pag. 115; error en la apreciación de un hecho, Civ. 2a. 6 de octubre, 1976, D. 1976, IR. p. 328; la admisión por el tribunal de un medio de hecho, Amiens, 11 de marzo, 1975, J. C. P. 1975, IV, 6548, modificación o retractación de motivos, Civ. 2a. 6 de octubre, 1976, Bull civ. II, p. 211; nueva apreciación de los hechos de la causa, Com. 6 de noviembre, 1981, D. 1982, IR 168 obs. Julien. Sobre los casos que pueden dar lugar a rectificación: divergencia entre el dispositivo y los motivos que proviene de un error de impresión, Civ. 2a. 9 de octubre, 1974, Bull Civ. II, p. 217; o de un error de escritura, París 29 de abril, 1978, D. 1978, IR p. 86, obs. Julien; o cuando se rectifica una omisión material sin modificar el monto de la indemnización, Civ. 2a. 13 de octubre, 1977, D. 1978, IR p. 86, obs. Julien; o en caso de error cálculo Civ. 2a. 4 de enero, 1978, Bull, Civ. II, p. 3.

Lo mismo ocurre a consecuencia del recurso de casación interpuesto contra una sentencia del T. S. de Tierras; por tratarse de un tribunal único, cuando una de sus sentencias es casada, el asunto es enviado ante el mismo tribunal para su reconsideración (art. 136 de la L. de R. de T.).

CAPITULO III–EFECTO DECLARATIVO, EFECTO CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA

Efecto declarativo. En principio, la sentencia se contrae a manifestar el derecho o la situación jurídica objeto del proceso, y que el demandante aduce como fundamento de la acción. Su efecto es, pues, puramente *declarativo:* el acreedor, por ej., que obtiene la condenación de su deudor, sigue siéndolo después de la sentencia en la misma forma y por las mismas causas que lo era antes. La sentencia no produce novación del derecho deducido en justicia.

Sin embargo, aun permaneciendo idéntica la situación jurídica de la parte gananciosa, la sentencia favorable produce algunas consecuencias fortalecedoras de esa situación jurídica: su derecho adquiere, en la medida en que es reconocido por la sentencia, incontestabilidad frente a la parte condenada; la sentencia condenatoria produce la hipoteca judicial; si el derecho de la parte gananciosa estaba sujeto a una breve prescripción, después de la sentencia estará afectado únicamente por la prescripción del derecho común; la sentencia es un título ejecutorio.

Efecto constitutivo. En ciertos casos, como se ha expuesto, la sentencia no se limita a declarar la existencia de una situación jurídica, sino que la constituye; es lo que ocurre con las sentencias que pronuncian un divorcio, una separación de bienes, una interdicción. Estas sentencias cambian o aniquilan una situación jurídica anterior (estado de personas casadas, comunidad de bienes, capacidad civil), para reemplazarla por otra (estado de personas aptas para contraer nuevo matrimonio, esposos separados de bienes, estado de incapacidad). Los efectos de la sentencia constitutiva se producen a partir de su pronunciación; excepcionalmente, algunas retrotraen sus efectos al día de la demanda, como por ej. la que pronuncia la separación de bienes.

CAPITULO IV–COSA JUZGADA

Concepto. La autoridad de cosa juzgada "es una presunción absoluta de verdad, en cuya virtud los hechos comprobados y los derechos reconocidos por una sentencia no pueden ser contestados nuevamente, ni ante el tribunal que ha dictado esa sentencia, ni tampoco ante otra jurisdicción: *"res indicata pro veritate habetur"*.[27]

Funciones. La presunción de cosa juzgada es un medio que puede ser invocado tanto para fundamentar una demanda como para defenderse de una demanda. Desempeña, pues, una doble función procesal. En primer término, la parte favorecida con una sentencia puede prevalerse en otro proceso, como demandante, de las ventajas que esa sentencia le haya otorgado; el tribunal no puede dejar de tener como cierto lo decidido en esa sentencia. Es la *función positiva* de la cosa juzgada. En segundo término, la parte cuya demanda fue desestimada no puede, en un nuevo proceso, contradecir lo decidido contra ella por la sentencia desestimatoria. Es la *función negativa* de la cosa juzgada, a la cual se designa, en el lenguaje de los civilistas y de algunos procesalistas, como *excepción de cosa juzgada.*[28] Procesalmente hablando, es un medio de defensa o un medio de inadmisibilidad (art. 44 de la L. 834 de 1978).

Sentencias que la producen. La autoridad de la cosa juzgada reside en todas las sentencias definitivas, sea que estatuyan sobre el fondo o sobre un incidente, tanto de los tribu-

(27) Garsonnet y Cézart-Bru, Traité, III, 703.

(28) Aubry y Rau, Droit civil francais, 5a. ed., XII, 769 (p. 454 y s.); Dalloz, Encyclopedie, Procedure, Vo. Chose jugeé, No. 1 y S.

nales ordinarios como de los de excepción (art. 113 y s. de la L. 834 de 1978; Casación: 6 de abril, 1934, B. J. 285, p. 3 mayo, 1948, B. J. 466, p. 376).

Las llamadas *sentencias* dictadas por los tribunales en jurisdicción graciosa o voluntaria no tienen autoridad de la cosa juzgada (supra, libro II, Cap. I, Sec. III). Son, como se ha expuesto, actos de *administración*, no de *jurisdicción* (Civ. 25 de octubre, 1905, D. P. 1906, I, 337, nota de M. Planiol; 30 de junio, 1919, D. P. 1923, I, 225).

No tienen autoridad de cosa juzgada: las sentencias previas (preparatorias, interlocutorias) cuando no contienen decisión definitiva sobre un punto litigioso (Casación, 9 de junio, 1953, B. J. 515, p. 954; Civ. 9 de mayo, 1922, D. P. 1925, I, 158; 28 de febrero, 1938, D. P. 1938, 263; Civ. 2a. 7 de enero, 1956, D. 1956, 214; y provisionales; las dictadas en referimiento (Civ. 16 de abril, 1923, D. P. 1926, I, 147), o sobre apelación de un referimiento (Civ. 28 de junio, 1892, D. P. 92, I, 378; 12 de diciembre, 1973, D. 1974, Inf. Rap. 63), las ordenanzas sobre requerimiento, puesto que pueden ser retractadas por el juez que las dictó, salvo que surja una contestación, puesto que la decisión sobre el punto contencioso adquiere la autoridad de la cosa juzgada. No tienen asimismo autoridad de cosa juzgada la sentencias dictadas por el T. de Tierras de Jurisdicción Original (Casación: 30 de junio, 1938, B. J. 335, p. 322; junio, 1950, B. J. 479, p. 519; 25 de julio, 1951, B. J. 492, p. 856).

Tiene autoridad de cosa juzgada aun la sentencia dictada por un tribunal incompetente (Civ. 16 de julio, 1917, D. P. 1917, I, 149; Civ. 13 de noviembre, 1953, D. 1953, 113).

Justificación. La autoridad de cosa juzgada con que la ley inviste a las decisiones contenciosas se justifica por razones del más alto interés público. No se podría permitir, en efecto, que los procesos pudieran ser reanudados después que sobre ellos dijeran su última palabra los órganos jurisdiccionales. El orden público exige imperativamente que la decisión del juez no sea puesta en entredicho a consecuencia de un nuevo proceso. De ahí que el art. 1350 del C. Civil atri-

buya a lo decidido por el órgano jurisdiccional la fuerza probatoria de una presunción *iuris et de iure*.

Carácter. No obstante fundamentarse en razones de orden público, la autoridad de la cosa juzgada se considera generalmente como un medio de inadmisibilidad o como un medio de defensa de puro interés privado (Casación: 22 de febrero de 1935, B. J. 295, p. 44; 8 de junio de 1936, B. J. 311, p. 287).[29] La parte interesada puede renunciar a su derecho de invocar o de oponer la autoridad de la cosa juzgada; el ministerio público no puede proponerla, ni el juez puede suplirla de oficio (Casación, 20 de mayo, 1957, B. J. 562, p. 1007).[30]

Tratándose de las sentencias emanadas del T. de Tierras por el contrario, la autoridad de la cosa juzgada es de orden público.

Alcance. La autoridad de la cosa juzgada tiene, en principio, de conformidad con lo que dispone el art. 1351 del C. Civil, un alcance relativo.

En primer lugar, la autoridad de la cosa juzgada no existe sino en relación a los puntos decididos en el dispositivo de la sentencia; es lo que el art. 1351 del C. Civil designa como *identidad de objeto y de causa*.

En segundo lugar, la autoridad de la cosa juzgada no existe sino entre las partes del proceso; es lo que el art. 1351 del C. Civil llama *identidad de partes* (Casación, 11 de mayo, 1984, B. J. 882, p. 1108).

Hay sentencias que, por su propia naturaleza, tienen por

(29) De conformidad con los art. 44 y s. de la L. 834, el medio deducido de la cosa juzgada en una inadmisibilidad, que puede ser juzgada sin examen del fondo, y propuesta en todo estado de la causa, salvo la posibilidad para el juez de condenar en daños y perjuicios a quien se ha abstenido de proponerla antes con intención dilatoria.

(30) De acuerdo con la jurisprudencia francesa, esta regla no es absoluta. Existen casos excepcionales en los que se atribuye un carácter de orden público a la cosa juzgada. Se trata, en primer lugar, de sentencias sucesivas en una misma instancia, cuando una decisión posterior ha estastuído sobre cuestiones falladas por una sentencia precedente que ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada. Se justifica por la necesidad de dar homogeneidad a la cosa

el contrario una autoridad absoluta de cosa juzgada, *erga omnes*, como por ej. las intervenidas en materia de interdicción, quiebra, y las pronunciadas por el T. S. de Tierras en el proceso de saneamiento inmobiliario. (Casación: junio, 1957, B. J. 563, p. 1197; marzo, 1960, B. J. 596, p. 608; junio, 1960, B. J. 599, p. 1139).

Donde reside.(31) La autoridad de la cosa juzgada reside solamente en el *dispositivo* de la sentencia, no en los *motivos* que le han servido de fundamento. Se admite, sin embargo, que los motivos participan de la autoridad de la cosa juzgada cuando están necesariamente ligados al dispositivo de la sentencia. Por otra parte, el examen de los motivos puede ayudar a esclarecer el sentido del dispositivo y a precisar su alcance (Casación: julio, 1948, B. J. 456, p. 1382; marzo, 1950, B. J. 476, p. 279).

Diversos grados. La autoridad de la cosa juzgada reside en la sentencia, como se ha expuesto, desde el mismo instante en que es pronunciada. Pero esta autoridad no es terminante y definitiva mientras la sentencia se halle sujeta a la posibilidad de ser impugnada mediante una vía de recurso, y es más o menos firme según que el recurso con que pueda ser impugnada sea un recurso ordinario, o que sea un recurso extraordinario.

Se admite generalmente que mientras la sentencia sea susceptible de ser atacada por las vías ordinarias de recurso, oposición o apelación, su autoridad de cosa juzgada es puramente provisional, y que es suspendida si uno de esos recursos es ejercitado.

Cuando esos recursos ordinarios han sido incoados infructuosamente, o cuando el plazo para interponerlos ha expirado, se dice que la sentencia ha "pasado en autoridad de cosa juzgada" (art. 800, 2157 del C. Civil), o que ha "adquirido la autoridad de la cosa juzgada" (art. 2215 del C. Civil).

juzgada que resultaría de la sentencia final. En segundo lugar, los casos en que la sentencia estatuye sobre derechos que escapan a la libre disposición de las partes, sobre todo en materia de estado personal (v. al respecto, Dalloz, Encyclopedie Juridique, 2a. ed. Procedure, vo. Chose Jugée, Nos. 211 y s.).

(31) Glasson y Tissier, Traité, III, 773, Dalloz, ob. cit. Nos. 77 y s.

Cuando no es susceptible de ser impugnada por una vía extraordinaria de recurso, revisión civil o casación, se dice que la sentencia es "irrevocable".

Hay que reservar, sin embargo, la posibilidad excepcional de que la sentencia sea revocada a consecuencia de una tercería (art. 474 y s.), de una acción en denegación (art. 532 y s.), o de una demanda en responsabilidad civil contra el juez (art. 505 y s.).

En cuanto concierne a la cosa juzgada, pues, la sentencia puede presentar las siguientes características: tener autoridad de cosa juzgada, haber pasado en autoridad de cosa juzgada, ser irrevocable. Estos grados de la autoridad de cosa juzgada, no surgen siempre sucesivamente; con frecuencia los dos primeros ocurren al mismo tiempo, y el tercero se les une después. La sentencia contradictoria en única o en última instancia tiene desde el primer momento autoridad de cosa juzgada y al mismo tiempo ha pasado en autoridad de cosa juzgada, puesto que no es susceptible de ser impugnada por ninguna vía ordinaria de recurso, y llega a ser irrevocable cuando ya no puede ser impugnada por ninguna vía extraordinaria, o cuando éstas hayan sido ejercidas infructuosamente. Una sentencia contradictoria en primera instancia tiene inmediatamente autoridad de cosa juzgada, pasa en autoridad de cosa juzgada y llega al mismo tiempo a ser irrevocable si no es objeto de apelación en el plazo correspondiente. Una sentencia en defecto en única o en última instancia, tiene de inmediato autoridad de cosa juzgada, pasa en fuerza de cosa juzgada cuando no es impugnada por oposición o cuando la oposición es desestimada, y vendrá a ser irrevocable cuando los recursos extraordinarios hayan sido desestimados. En este último ejemplo las tres características de la cosa juzgada surgen sucesivamente, a diferencia de lo que ocurre en los anteriores, en que los dos primeros o el segundo y el tercero pueden surgir al mismo tiempo.

CAPITULO V–FUERZA EJECUTORIA

Concepto. Toda sentencia, por ser un mandato emanado del órgano jurisdiccional, debe ser ejecutada, bien sea voluntariamente por las partes del proceso, bien sea forzosamente contra la parte que debe ejecutarla y que se niega a hacerlo.

Las sentencias de instrucción, como por ej. las que prescriben una visita de lugares, una información testimonial, etc., son ejecutadas en las formas precedentemente expuestas.

Las sentencias que condenan a la entrega de una cosa determinada, mueble o inmueble, son ejecutadas mediante la toma de posesión de esa cosa por la parte gananciosa, asistida por un alguacil, y, si es necesario, con el auxilio de la fuerza pública.

Las sentencias que condenan al pago de una suma de dinero son ejecutadas mediante un embargo.

De acuerdo con el Código de Pr. Civil, la ejecución de la sentencia era posible, en todos los casos, después de llenar el requisito esencial de ser notificada al abogado de la parte contra quien se persigue la ejecución, en todos los casos en que se requería su ministerio, y casi siempre también, a la parte misma, con las distinciones establecidas en el art. 147. De acuerdo pues con la antigua legislación era el ejercicio del recurso y no el plazo para interponerlo lo que privaba a la sentencia de su fuerza ejecutoria.

En virtud de lo dispuesto por el art. 113 de la L. 834, tiene fuerza ejecutoria la sentencia que no es susceptible de un recurso suspensivo de la ejecución. La sentencia susceptible del indicado recurso adquiere la misma fuerza de la cosa juzgada a la expiración del plazo para interponer el recurso que corresponda cuando éste no ha sido ejercido en el plazo.

La sentencia es ejecutoria desde que pasa en fuerza de cosa juzgada a menos que el deudor se beneficie de un plazo de gracia o el acreedor de la ejecución provisional (art. 114 de dicha ley).

De acuerdo con las señaladas disposiciones legales, no

basta llenar el requisito de la notificación exigido por el art. 116 de la L. 834. El plazo del recurso de apelación o de oposición es suspensivo de la ejecución sin distinguir que la ejecución deba realizarse contra la parte o contra un tercero.

La sentencia adquirirá pues la fuerza ejecutoria cuando transcurra el plazo del recurso, si éste no ha sido ejercido.

Es este indudablemente el sentido y alcance de las citadas disposiciones de la L. 834, apesar de que no existe en nuestra nueva legislación una disposición similar a la del art. 539 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés en cuya virtud "El plazo del recurso para una vía ordinaria suspende la ejecución de la sentencia. El recurso ejercido en el plazo es igualmente suspensivo".

Las disposiciones de los arts. 449 y 450 que prohibían el ejercicio del recurso de apelación o suspendían la ejecución de las sentencias durante un plazo de ocho días contados desde la fecha de la sentencia, han sido derogadas por la L. 845 de 1978. No tienen, en el estado actual de nuestra legislación, ninguna razón de ser.

La sentencia que ordena el cumplimiento de ciertas medidas por un tercero, sea un particular o un funcionario público, como por ej. un pago a efectuar por el tercero embargado, el pronunciamiento y la inscripción de un divorcio por el oficial del estado civil, la cancelación de una hipoteca por el conservador de hipotecas o por el registrador de títulos, son ejecutadas por esos particulares o funcionarios a diligencias de la parte interesada. En estos casos, lo mismo que en los anteriormente mencionados, la ejecución va dirigida también contra la parte condenada, pero con la particularidad de que tiene que obtenerse a través de personas que no tienen ningún interés personal en la contestación y que no han figurado en el proceso. Estas personas no pueden negarse a la ejecución de la sentencia; pero tienen derecho antes de ejecutar, de exigir las justificaciones previstas en el art. 119 de la L. 834. En efecto, dicha disposición legal establece que "Los levantamientos, radiaciones de seguridades, menciones, transcripciones o publicaciones que deben ser hechos en virtud de una sentencia son válidamente hechos a la vista de la produc-

ción, por todo interesado, de una copia certificada conforme de la sentencia o de un extracto de ella, y si no es ejecutoria a título provisional, de la justificación de su carácter ejecutorio. Esta justificación puede resultar de un certificado expedido por el abogado".

El art. 117 de la referida L. 834 establece que "la prueba del carácter ejecutorio resulta de la sentencia misma cuando ella no es susceptible de ningún recurso suspensivo", como sería el caso de las sentencias dictadas en única o en última instancia, "o cuando se beneficia de la ejecución provisional". Y continúa expresando la citada disposición legal que en los demás casos, esta prueba resulta, sea de la aquiescencia de la parte condenada, sea de la notificación de la sentencia y de un certificado que permita establecer, por cotejamiento con esta notificación, la ausencia, en el plazo, de una oposición, de una apelación, o de un recurso de casación cuando éste fuera suspensivo.

A estos fines, el art. 118 expresa que toda parte podrá hacerse entregar por el secretario de la jurisdicción ante la cual el recurso pudiera ser interpuesto, un certificado que atestigue la ausencia de oposición, de apelación o de un recurso de casación o que se indique la fecha del recurso cuando éste hubiera sido interpuesto.

Obstáculos a la ejecución. La ejecución de la sentencia es: ***aplazada***, cuando el deudor goza del beneficio de un plazo de gracia (art. 123 y s. de la L. 834); ***suspendida***, cuando es impugnada por oposición o apelación, o cuando, al ser impugnada mediante el recurso extraordinario de la casación, la S. C. de Justicia dispone que se suspenda la ejecución (art. 12 de la L. sobre Pr. de Casación); ***diferida***, en casos de falsedad, de cancelación de hipoteca, etc. hasta que haya adquirido el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada (art. 241 del C. de Pr. Civil; 116 a 118 de la L. 834 de 1978; 2157 del C. Civil).

Cosa juzgada y fuerza ejecutoria. Es importante distinguir estos dos efectos de la sentencia. Algunas sentencias tienen fuerza ejecutoria sin tener en cambio autoridad de cosa juzgada, como por ej. las sentencias previas (de instrucción y provisionales), y las dictadas en referimiento.

Por otra parte, una sentencia es ejecutoria, de acuerdo con los arts. 113 y 114 de la citada L. 834 cuando no es susceptible de ningún recurso suspensivo de su ejecución, o cuando dicho recurso no hubiera sido interpuesto dentro del plazo establecido. La sentencia es por consiguiente ejecutoria desde que pasa en fuerza de cosa juzgada, a menos que el deudor se beneficie del plazo de gracia o el acreedor de la ejecución provisional (v. en el presente capítulo supra, *Concepto).*

CAPITULO VI–HIPOTECA JUDICIAL

Concepto. Es la que resulta, de pleno derecho, según lo disponen los art. 2117 y 2123 del C. Civil, de dos clases de sentencias. En primer término producen hipoteca judicial las sentencias definitivas y provisionales que contengan una condenación actual, o el principio de una condenación eventual, en cuanto a lo principal, los intereses y las costas; así, producen la hipoteca judicial no solamente las sentencias que condenen al pago de una suma actualmente determinada, sino también las que condenen a pagar una indemnización a liquidar por estado, o que prescriban una rendición de cuentas. En segundo término producen hipoteca judicial las sentencias que declaran, aun antes del vencimiento de la deuda, que el escrito bajo firma privada opuesto al deudor ha sido firmado por él o por sus autores, o que dan al acreedor acta del reconocimiento judicial que de un tal escrito haya hecho el deudor.

Inscripción; registro. Provista la parte gananciosa de la primera copia ejecutoria de la sentencia, ella puede, a título de medida conservatoria, requerir del conservador de hipotecas la *inscripción* de su hipoteca judicial sobre los inmuebles de su deudor no todavía registrados conforme a la L. de R. de T., y el *registro* de esa misma hipoteca sobre los inmuebles de su deudor ya registrados conforme a las disposiciones de esa ley.

TITULO VII–LA SENTENCIA ARBITRAL[32]

Concepto. La sentencia o laudo arbitral es el acto de jurisdicción mediante el cual el árbitro o los árbitros deciden la cuestión litigiosa que fue objeto del compromiso.

Designación de los árbitros. El árbitro o los árbitros, si son más de uno, son designados por las partes en el acta del compromiso, de conformidad con lo establecido en el art. 1006.

El art. 1003 mod. por la L. 845 de 1978 establece un procedimiento para el caso en que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros.

Según esta disposición legal, la parte más diligente "intimará a las otras partes por acto de alguacil, para que designe los árbitros en un plazo de 8 días francos. Esta intimación contendrá el nombre y el domicilio del árbitro escogido por el demandante. Si en el plazo impartido, los demandados no hacen conocer el nombre de los árbitros escogidos por ellos, el presidente del tribunal de comercio competente en virtud del artículo 420 del Código de Procedimiento Civil procederá, sobre instancia del demandante, a su designación".

La ordenanza que dicte el tribunal apoderado, expresa la

(32) El arbitraje es una institución que ha tomado un lugar importante en la economía, debido principalmente a la necesidad de obtener decisiones rápidas y equitativas en los litigios, sin tener que esperar la lentitud de la justicia. Su importancia en el ámbito internacional se manifiesta por ej. en el Tratado de Helsinki (1o. de agosto, 1975) en el que se reconoce la necesidad de que los nacionales de los países sucribientes adopten cláusulas de arbitraje en los contratos comerciales o de cooperación industrial. En Francia, los arts. 1003 a 1029 del Código de Pr. Civil fueron derogados, incorporando el derecho del arbitraje al Nuevo Código de Procedimiento Civil (arts. 1442 a 1507 por el D. 81-500 del 12 de mayo de 1981. Independientemente del derecho interno, el título V organiza todo lo relativo al arbitraje internacional. De acuerdo con la nueva legislación francesa, los poderes de los árbitros han sido aumentados, pudiendo entre otras facultades estatuír sobre los límites de su investidura (art. 1466); interpretar su sentencia o reparar errores u omisiones materiales. El carácter jursidccional de la sentencia arbitral se consagra principalmente en el art. 1476 al expresar que desde que es dictada , ésta tiene la autoridad de la cosa juzgada (salvo el carácter ejecutorio que no lo toma sino a partir de la ordenanza de ejecución). Además del rcurso de apelación, la sentencia arbitral puede ser objeto de un recurso de tercería ante la jurisdicción de derecho común (art. 1481).

indicada disposición legal, "no será susceptible de ningún recurso".

Expresa asimismo el art. 1003 que una copia de la instancia y de la ordenanza serán notificadas en el plazo de 8 días a los demandados, así como a los árbitros con requerimiento de proceder al arbitraje.

Adopción. El árbitro único adopta la sentencia en la misma forma que el juez único.

Si la cuestión ha sido sometida a varios árbitros ellos adoptan la sentencia por mayoría de votos, análogamente a como procede un tribunal colegiado. El art. 1016 dispone al respecto que "La sentencia será firmada por todos los árbitros, y en caso de que hubiere más de dos, si la minoría rehusare firmar, los demás arbitros harán mención de ello, y la sentencia tendrá el mismo efecto que si hubiera sido firmada por todos".

En caso de que los árbitros sean en número par es posible que se produzca un *empate*. Esto conlleva, según lo prescribe el art. 1012-3o., la extinción del compromiso, a menos que a los árbitros se les haya conferido poder para designar un tercer árbitro, o tercero en discordia.

Tercer árbitro. Las partes pueden haberse reservado en el compromiso la facultad de nombrar el tercer árbitro, o pueden haber confiado esta atribución, sea a los mismos árbitros, sea al juez presidente del tribunal, sea a un tercero.

El art. 1017 determina que, "En caso de empate, los árbitros autorizados a nombrar un tercero estarán obligados a hacerlo en la misma decisión que declara el empate", y que, si no se ponen de acuerdo a ese respecto, "lo declararán en el acta que se extenderá al efecto". Entonces, a instancia de la parte más diligente, el tercer árbitro "será nombrado por el presidente del tribunal a quien corresponde ordenar la ejecución de la sentencia arbitral".

Actuación del tercer árbitro. A fin de que el tercer árbitro se encuentre convenientemente informado acerca de la

cuestión litigiosa, los art. 1017 y 1018 prescriben dos formalidades esenciales. La primera es que "los árbitros divididos estarán obligados a redactar sus respectivos dictámenes, motivándolos, ya sea en una misma acta, ya en actas separadas". La omisión de este requisito conllevaría la nulidad de la actuación del tercer árbitro, salvo que las partes hayan redimido a los árbitros de su cumplimiento, lo cual resultaría de pleno derecho de que se les hubiera designado amigables componedores. La segunda es que el tercer árbitro "no podrá fallar sino después de haber conferenciado con los árbitros que estuvieren divididos en opiniones, los cuales serán intimados para reunirse con tal objeto". La nulidad resultante del incumplimiento del primer requisito quedaría cubierta si, en hecho, el tercer árbitro conoció las opiniones de los otros, y los llamó a conferenciar. No es necesario que todos los árbitros concurran a la convocatoria, pero es indispensable que sean convocados, aun cuando ellos hubieran comunicado por escrito sus opiniones al tercer árbitro, pero sin debate oral.

La misión del tercer árbitro se limita a decidir acerca de los puntos que dieron origen al empate, y a escoger, según lo manda el art. 1019, entre las opiniones emitidas por los árbitros; él no puede hacer admitir su propia opinión, salvo que el compromiso disponga lo contrario. En caso, pues, de que el empate se haya producido únicamente sobre uno de los puntos del litigio, y sobre los otros haya mayoría, el tercer árbitro debe limitarse a estatuír sobre aquel punto, a menos que exista indivisibilidad entre los diversos puntos de la contestación.

Lo mismo que los árbitros ordinarios, el tercer árbitro puede ser dispensado de observar sea las leyes de forma, sea las de fondo, sea las unas y las otras a la vez. Actúa entonces como amigable componedor, según lo dispone el art. 1019. Puede, en consecuencia, omitir la convocatoria a los árbitros y la conferencia con ellos. Aun en este caso, él debe optar necesariamente entre una de las dos opiniones emitidas por los primitivos árbitros; no puede adoptar una solución distinta. A su vez, los árbitros primitivos no pueden cambiar de opinión después del empate. Todo esto es una consecuencia de que, según se admite generalmente, las partes tienen un derecho adquirido a ser juzgadas de conformidad con una de las dos opiniones propuestas por los árbitros.

Según lo prescribe el art. 1018 el tercer árbitro está obligado a decidir dentro del mes de su aceptación, expresa o implícita, salvo que las partes le hayan otorgado un plazo más largo al designarle. Este plazo puede serle prorrogado por los árbitros, actuando de acuerdo con las partes, mediante la indicación precisa de un nuevo plazo.

Los poderes del tercer árbitro terminan por las mismas causas que los de los árbitros ordinarios, a menos que las partes consientan en mantenérselos.

Redacción. En principio, la sentencia arbitral es redactada en la misma forma que las sentencias de los tribunales. Debe ser firmada por todos los árbitros; pero, cuando son tres o más, se admite que basta la firma de la mayoría, sea que la minoría no pueda, sea que no quiera firmar. La sentencia arbitral es perfecta desde el momento en que es firmada, aunque no sea inmediatamente depositada en la secretaría del tribunal.

Cuando la sentencia emana de un tercer árbitro, éste debe hacer constar que ha conferenciado con los otros árbitros, o, por lo menos, que los ha invitado a conferenciar con él, y, además, que ha optado por una de las opiniones anteriormente sustentadas.

Resulta del art. 1019 que la sentencia arbitral debe contener las enunciaciones prescritas en el art. 141. Puede ser anulada si carece de algún requisito esencial, como por ej., si no enuncia la fecha, o si no está motivada.

Contenido de la sentencia arbitral. La sentencia arbitral contiene todos aquellos pronunciamientos que contiene la sentencia de un tribunal, y que sean compatibles con su naturaleza propia. Decide acerca de las costas procesales conforme al derecho común, condenando al perdiente a pagarlas, o compensándolas.

Efectos de la sentencia arbitral. Desde el momento en que es firmada, la sentencia arbitral tiene fuerza probatoria y autoridad de cosa juzgada.

Como consecuencia de lo primero, la sentencia arbitral hace fe de su contenido hasta inscripción en falsedad.

En virtud de lo segundo, si una de las partes recomenzara el mismo proceso ante una jurisdicción cualquiera, su contraparte podrá oponerle la autoridad de cosa juzgada de la sentencia arbitral. Asimismo, resulta del hecho de que la sentencia arbitral tiene autoridad de cosa juzgada que, en principio, salva la oposición al auto ejecutorio, de que se tratará luego, ella no puede ser atacada por acción principal en nulidad, sino mediante los recursos correspondientes.

Auto de ejecución. El auto o mandamiento de ejecución, u ordenanza de exequátur, previsto en los art. 2123 del C. Civil, 1020 y 1021 del C. de Pr. Civil, es el acto que confiere fuerza ejecutoria a la sentencia arbitral, y que permite inscribir o registrar la hipoteca judicial.

El art. 1020 dispone que el auto de ejecución es dictado por el juez de primera instancia del distrito en el cual se haya dado la sentencia arbitral. Si el juicio arbitral sobrevino a consecuencia de un compromiso celebrado con motivo de apelación intentada contra sentencia de un j. de primera instancia el auto de ejecución es dado por el presidente de la c. de apelación. El juez de paz es incompetente para dictar este auto, aunque se trate de un proceso que, en razón de su cuantía o de su naturaleza entrara dentro de su competencia.

A fin de obtener el auto de ejecución, las partes tienen el derecho de exigir que los árbitros, en cumplimiento de lo que dispone el art. 1020, depositen su sentencia en la secretaría del j. de primera instancia; si se trata de un compromiso sobrevenido en apelación, en la secretaría de la c. de apelación. Las partes mismas pueden hacer el depósito, a falta de hacerlo los árbitros. El plazo para que los árbitros hagan el depósito es de tres días; pero este plazo es meramente conminatorio.

El auto de ejecución no es un acto jurisdiccional, sino de administración judicial. El juez presidente no puede, pues, averiguar si los árbitros han juzgado bien o mal, ni promover, de oficio, nulidades puramente relativas; pero sí puede rehusar expedir el auto de ejecución si la sentencia arbitral carece de una de las condiciones esenciales para su validez, o si está afectada por una nulidad de orden público, como por ej.: si no está firmada; si emana de personas incapaces de ser árbitros; si ha intervenido sobre una materia en que está prohibido el compromiso.

Oposición al auto ejecutorio. El art. 1028 autoriza el ejercicio, bajo el nombre de "oposición al auto de ejecución", de una verdadera acción en nulidad contra "el acto calificado sentencia arbitral". Esta acción puede ser ejercida en los siguientes casos: 1o., "cuando la sentencia haya sido dada sin compromiso, o fuera de los términos del compromiso"; 2o., "cuando lo haya sido sobre compromiso nulo, o cuyos términos habían expirado"; 3o., "cuando haya sido dada por árbitros que no estaban autorizados a hacerlo en ausencia de otros"; 4o., "si la sentencia ha sido dada por un tercero sin haber conferenciado antes con los árbitros divididos en pareceres"; 5o., "cuando se haya fallado sobre cosa no pedida".

El art. 1028 prescribe que, en estos casos, "no será necesario intentar apelación ni revisión civil" contra la sentencia arbitral. Pero nada impide que la parte interesada ataque la sentencia arbitral mediante aquél de esos recursos que proceda; la vía de la oposición al auto ejecutorio es, pues, facultativa.

La enumeración dada por el art. 1028 es limitativa, puesto que tiene un carácter excepcional.

Esta vía para impugnar el auto ejecutorio es posible, conforme al derecho común (art. 2262 del C. Civil), durante 20 años, y en tanto que no haya intervenido ningún acto de ejecución de la sentencia arbitral. Si ésta ha sido ejecutada, es obvio que esta impugnación no puede ser ejercida.

INDICE ALFABETICO

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN LOS LIBROS I AL VII (VOLUMENES I Y II) DE ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL DOMINICANO

NOTA: Los números reenvían a las páginas. Los caracteres en negritas cuando van precedidos de la letra V. indican las palabras de reenvío. Las palabras precedidas de un guión constituyen divisiones de la palabra subsidiaria que precede. Los números romanos indican el volumen de la obra.

– T –

– U –

– V –